أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

تحصين المآخذ

تأليف
العلامة الفقيه الأصولي
أبي حامد الغزالي
محمد بن محمد بن محمد الطوسي الشافعي
(ت: ٥٠٥)

تحقيق
د. محمد بن علي بن سمحان مسفر
القاضي في وزارة العدل

الجزء الثالث

طبع بتمويل دار الأصل الخيرية
من أبناء المبارك عبد العزيز الحساوي رحمه الله
وبذريته محمد الحسيني حفظهما الله ووالديهما

تحصين المآخذ

حقوق الطبع محفوظة

١٤٣٩ هـ ـ ٢٠١٨م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16

مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

◆ الرئيسي ـ حولي ـ شارع المثنى ـ مجمع البدري

ص. ب: ١٠٧٥ . الرمز البريدي ٣٢٠١١

ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤

◆ فرع حولي ـ شارع المثنى ـ تلفون: ٢٢٦١٥٠٤٦

◆ فرع المباركية ـ مقابل مسجد ابن بحر ـ ت: ٢٢٤٩٠٦٠٤

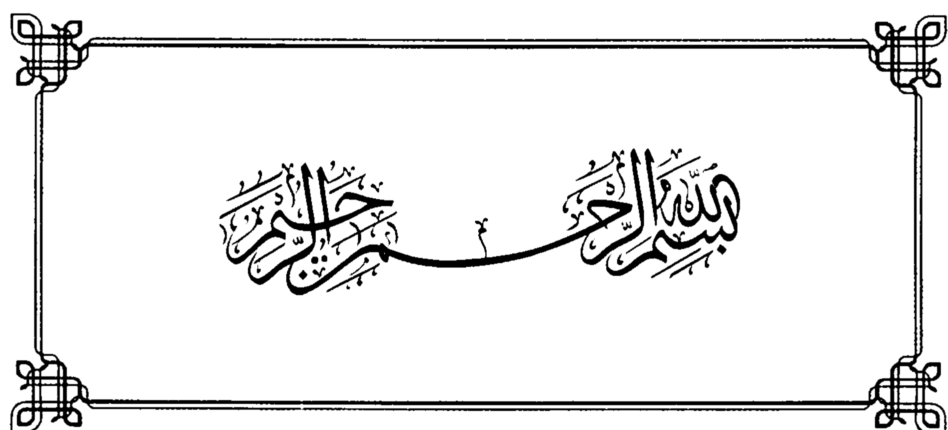
◆ فرع الفحيحيل البرج الأخضر شارع الدبوس ـ ت: ٢٥٤٥٦٠٦٩

◆ فرع المصاحف ـ حولي ـ مجمع البدري: ت: ٢٢٦٢٩٠٧٨

◆ فرع الرياض ـ المملكة العربية السعودية ـ التراث الذهبي ت: ٠٥٥٧٧٦٥١٣٨

الساخن: ت: ٩٤٤٠٥٥٥٩

E – mail: z.zahby74@yahoo.com



بسم الله الرحمن الرحيم

مسائلُ المأذونِ[1]

❁ مَسْألة: العبد المأذونُ في نوعٍ لا يتصرَّف في غيرِه[2]، خلافًا له[3].

فنقولُ: تصرفٌ يحتاجُ فيه إلىٰ الإذن؛ لتَعلُّقِ مقصودِه وثمرتِه بالآذن؛ فيتَقَدَّر بقَدْرِ الإذن، ولا نحتاج فيه إلىٰ أصلٍ.

فإنَّا نقول: إذا قال: اتَّجِرْ في الثياب، فالخلاف في التَّصَرُّف في الحبوب وهو موقوفٌ علىٰ الإذن بالاتفاق، ولم يوجد الإذن، فصار كما قبل الإذن في الثياب؛ يحقِّقُه أنَّ عندهم: لو نُهي عن التَّصرُّف في الحبوب يَتصرَّفُ، ولا يتصرف فيه ابتداءً إذا لم يصدرْ من السيد لا إذنٌ ولا نهيٌ، فعند التَّصرُّيح بالنهي أولىٰ، وإن سَلَّموا أنه عند النهي لا يتصرَّف، فلا فرق بين

(١) من هنا يبدأ نصيب الباحث الثاني من تحقيق الكتاب، وتم الاكتفاء بالمقدمة الدراسية للباحث الأول عن مقدمة الباحث الثاني تجنبا للتكرار.

(٢) ينظر: نهاية المطلب، ٤٧٣/١٨، وروضة الطالبين، ٥٦٩/٣، وأسنىٰ المطالب، ١١٠/٢، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ٣٠٣/٢. وهذا هو المعتمد عند الحنابلة، قال المرداوي: «وهذا المذهب، وعليه الأصحاب». ينظر: المغني، ١٨٨/٤، والإنصاف، ٣٤٤/٥، وكشاف القناع، ٤٥٧/٣.

(٣) ينظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي، ٢٨٦/٣، وبدائع الصنائع للكاساني، ١٩١/٧، وتبيين الحقائق للزيلعي، ٢٠٤/٥، وهو مذهب المالكية، وذكره أبو الخطاب الكلوذاني رواية عن أحمد. ينظر: المدونة، ٨٨/٤، ومواهب الجليل للحطاب، ٧٦/٥، وشرح مختصر خليل للخرشي، ٣٠١/٥، والإنصاف للمرداوي، ٣٤٤/٥.

أن يسكتَ عنه وبين أن ينهىٰ عنه كما قبل الإذن في التجارة في الثياب[1].

❊ **فإن قيل**: ما ذكرتموه منقوض ببيع الرَّاهِن المرَهون؛ فإنه يحتاج إلىٰ إذن المُرتَهِن، ثم لو أَذِن في البيع بالدراهم فله البيعُ بغيره، وكذلك البائع إذا شَرَط الخيارَ لنفسه، فليس للمشتري بيعُ ما اشتراه إلا بإذن البائع، ثم لا يتبع موجَبَ إذنِه، وبه ينتقض ما ذكرتموه من أن النهي يزيد علىٰ السكوت، فإنه وإن صرَّح بالنهي في المسألتين يجوز، ولو سكت عن الإذن والنهي جميعًا لم يجُزْ.

❁ **قلنا**: احترزنا عن المسألتين بقولنا: لتعلق مقصوده وثمرته بالإذن، وثَمَّ يحتاج إلىٰ الإذن لسقوط حقه، ثم التصرف يصحُّ بحكم ملك الراهن والمشتري لا بالإذن.

❊ **فإن قيل**: وكذلك ها هنا؛ إذ العبد متصرف لنفسه، والإذن يحتاج إليه لفَكِّ الحَجْر الحاصل بالرِّقِ، وللسيد أن يفكَّ الحَجْر عنه، ثم لا يتجزأ فَكُّ الرَّهن، وإنما لم يستقلَّ العبد بنفسه؛ لأنه يتعلَّقُ الديونُ برقبته، وذلك يتعلق برضا السيد، كما أن بيع الرَّاهِن يتعرض لوثيقة المُرْتَهِن، فلأجله افتقد إلىٰ رضاه.

والجواب عن هذا علىٰ مراتب:

---

(١) والحنفية لا يسلِّمون أنه عند النهي لا يتصرف؛ وذلك لأن الإذن لا يتجزأ عندهم، فلو أُذن له في التجارة في الثياب ونُهي عن الحبوب، فإن النهي غير لازم، ويحق له التصرف فيها، وهذا بخلاف ما لو لم يكن هناك إذن ولا نهي ابتداءً، لأن الإذن لازم ابتداءً، فتحقق الفرق بين النهي عن نوع بعينه وبين عدم الإذن في التجارة من الأصل، ولم يلزمهم ما ذكره المؤلف ﷺ. ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٧/١٩٢.

الأول: أن نقولَ: ليس تصرُّفُ العبدِ لنفسه، بل لا يُتصور أن يتصرف لنفسه بالبيع والشراء، فإن كلَّ واحدٍ منهما يستدعي أهليةَ/ الملك في البيع [٢٠٣/أ] للإزالة، وفي الشراء للجَلْبِ، والعبد لا يملكه بالتمليك عندهم، وهو أصح قولينا(١).

فمن لا يتصور له ملك اليمين إذا عَقَد العَقْدَ الموضوع له مقصودًا، كان كمن لا يتصور له مِلْك البُضْع إذا عقد النكاح، ولا يتصور أن تُنْكِحَ المرأةُ امرأةً؛ لأنه لا يتصوَّرُ لها ملكُ النكاح، فكذا ملك اليمين للعبد.

❊ فإن قيل: فكيف صَحَّ اتِّهابُه وقبولُه للوصية، واحتطابُه، واصطياده وخلعه لزوجته علىٰ مال بدون إذن السيد، وكل ذلك جَلْبُ ملكٍ؟!

❁ قلنا: لا يصح اتِّهابُه وقبوله الوصيةَ إلا بالإذن؟! مهما لم نصحِّحْ شِراءَه إلا بالإذن، وعند الإذن يكون نائبًا قابلًا للسيد، حتىٰ لو قال: اقبَلْ لنفسِك؛ لم يصحَّ التوكيلُ؛ إذ لا يتصور ملك اليمين له، والسببُ يراد لحُكْمِه، فإذا لم يعقل الحكم لم يُعقَلِ السبب، أما الاحتطاب والاصطياد ليس من الأسباب الاختيارية، والملك يحصل فيه بثبوت اليد، وما ثبت

(١) هناك فرقٌ بين أهلية العبد في التصرف وبين جاوز تملكه؛ وبيان ذلك أن ركن التصرف كلامٌ معتبرٌ شرعًا، وذلك يتحقق من الرقيق، واعتبار الكلام يكون بصدوره عن مميز أو مخاطب، ولا ينعدم ذلك بالرِّق، ومحل التصرفات ذمةٌ صالحةٌ لالتزام الحقوق، ولا ينعدم ذلك بالرق فإن صلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر وبالرق لا يخرج من أن يكون من البشر؛ إلا أن الذمة تضعف بالرق، فكان الحجر لذلك، فإن أذن له انفك الحجر وصار أهلًا للتصرف؛ بخلاف التملك، فإنه ينعدم بالرق كليةً، لأنه يصير بالرق مملوكًا مالًا، وبين كونه مملوكًا مالًا، وكونه مالكًا للمال منافاة، فتحقق بذلك الفرق بينهما. ينظر: المبسوط للسرخسي، ٢٥/٢.

عليه يدُ العبد، والعبدُ في يد السيد حكمًا، فما في يده في يد سيده أيضًا، فثبت ملكُه بثبوت يده عليه.

أما الخُلْع فلم يُشرع لجلب ملك اليمين، بل شُرع لإلزام زوال ملك البضع، والعوض فيه تابعٌ دَخِيلٌ، فيحصل للسيد بحكم الضرورة تبعًا، وعِمادُ الخُلْع مِلْكُ البُضْعِ، وهو أهلٌ له، وخروجه عن أهلية ملك العوض متطرِّقٌ إلىٰ طرف العوض لا إلىٰ المقصود، وذلك لا يزيد علىٰ فساد العوض نفسه، ولو خالع علىٰ خمر أو خنزير لصَحَّ، ولم يدلَّ ذلك علىٰ أهليته لشراء الخمر والخنزير.

ولكن قيل: لم يشرع العقد لملك اليمين فالفساد فيه لا يقدحُ فيه؛ بقي أنه لِم حصلْ للسيد دون إذنه، وهذا واردٌ عليهم أيضًا؛ فإنه لا يشتري عندهم للسيد دون إذنه ولا لنفسه دون إذنه، فدلَّ أن سبب ذلك أنه حاصلٌ ضرورةً لا اختيارًا، فضاهىٰ ملك الاحتطاب والاحتشاش؛ فإن تلك أسباب ضروريةٌ إذا وقعت لا يمكن إفسادُها، فكذلك الملك في الخلع.

وعلىٰ الجملة إشكال الخلع مشترك فهو لخاصية الخلع لا لأهليته لملك اليمين، فإنه واردٌ علىٰ مسلكهم أيضًا؛ إذ سلطوه عليه بغير إذنٍ؛ بخلاف الشراء، والدليل عليه أنه لو كان أهلًا للشِّراء لنفسه لاستَقَلَّ بنفسه دون إذن السيد.

وقيل: لا يتعلق الدَّينُ برقبةٍ ويكونُ شراؤه كَشِّرَاء المُفلسِ، فليس من ضرورة صحةِ الشراء التعلُّقُ بالرقبة؛ بل من ضرورته التعلقُ بالذمة، وله ذمة، ويمكن المطالبة به بعدَ العِتْقِ، ولم يقتضِ الرقُّ حجرًا عليه فيما لا يضُرُّ

بالسيد ولا ضرر علىٰ السيد فيه؛ إذا لم يتعلق الثمر برقبته؛ لا سيَّما إذا صرح البائع: بأني لست أطمع في رقبتك، ولكني أقنع بذمتك، ولما لم يتصرف السيد باحتطابه وبخَلْعِه استقلَّ به، فلمَّا لم يستقِلَّ بالشِّراء فدلَّ[1] ذلك علىٰ بطلان أهليتِه لأن الحكم المقصودُ منه ملكُ اليمين، وهو غير متصوَّرٍ في حقِّه للرقِّ، والرق قائمٌ لم يزُلْ بالإذن.

❊ **فإن قيل**: وأيُّ بُعْدٍ في أن يكون الملك حاصلًا لغيره وزائلًا من غيره، والتصرف واقع له، وهذا كالمكاتب فإنه عبدٌ ما بقي عليه دِرْهَمٌ/، [٢٠٣/ب] وهو متصرِّفٌ لنفسه حتىٰ إنه يعامل سيده فيشتري منه ويبيع منه، والملك للسيد والتصرُّفُ للعبد.

❁ **قلنا**: هذا غيرُ معقولٍ؛ لأن مَن قَبِلَ زوجةً لغيره لا يقالُ: النكاح واقع عن القابل مهما كان لزومُ المهر في ذمةِ غيره، وحصول ملك البضع لغيره، والسبب يعقل بالمسبَّبِ، وأما المكاتب فيملك ملك اليمين، ولذلك يعامل سيده ويستمتع بجاريته ويستخدمها ويتصرف فيها بحسب مشيئته إلا في التبرُّعِ حُجِرَ عليه فيه نظرًا له؛ كما علىٰ المريض الذي عليه دَينٌ، فعن هذا كان التصرف واقعًا له، ولذلك لم يقدِرِ السيدُ علىٰ أن يحجر عليه ويمنعَه، ويقدِرُ علىٰ المنع في مسألتنا.

❊ **فإن قيل**: حقيقة المسألة تبتني علىٰ هذا؛ وهو أن حال المأذون عندنا حالُ العبد المكاتب في أنه يعامل سيده، وأن لكل واحد منهما ملكَ

---

(١) كذا في الأصل؛ بدخول الفاء علىٰ جواب «لما»، والجادة حذفها؛ إلا أن إثباتها أجازه ابنُ مالك، انظر: شرح التسهيل، ٤/١٠٢ ـ ١٠٣، والجنىٰ الداني في حروف المعاني للمرادي، ص٥٩٦.

اليد لا ملكَ العين، وأنه لو عزل المأذون لم ينعزِلْ عندنا ما لم يخرج المال من يدِه، وكذا المكاتب إلا أنه ليس له إخراجُ المال من يد المكاتب؛ لأن الكتابة لازمةٌ لوقوعها بعِوَضٍ، والإذن غير لازمٍ؛ إذ لا عوض فيه.

فنقول: ما يملكه السيد في عبده بعوَضٍ ينبغي أن يقدر عليه بغير عوضٍ؛ إذ الحق لا يعدوهما، وإذا قدر عليه بتسليم المال إليه كان تصرفُه بحكم ملك السيد لنفسه كما للمكاتب.

۞ **قلنا:** هذا القياس ثابتٌ؛ لأن إثبات أهلية الملك والتصرف مع قيام الرق خارجٌ عن القياسِ؛ إذ لو كان معقولًا لمَا قطعتم بأنه يستحيل ملكُ اليمين للعبد، وخروجُه عن كونه معقولًا لكونه مُسخَّرًا لغيره وتحت قهرِه، فليس يتحقَّقُ كونُه قاهرًا ومسخَّرًا حتىٰ يتصرَّفَ في ملكه كما يريده علىٰ مخالفة سيده، وقد جوَّز الشرعُ إثباتَ ذلك عند قطع تسخير السيد وسلطتِه بعقدٍ لازم لحاجة عظيمة، وهو حاجة العتق والخلاص من الرق ليتوسَّلَ به إليه، فمن أراد إثبات هذا الخارج عن القياس مع انتفاء المعنيَينِ ـ وهو بقاء سلطة السيد وانتفاءُ حاجة العتق ـ كان متحكِّمًا بما لا سبيلَ له إلىٰ إثباته.

❊ **فإن قيل:** الدليلُ علىٰ ثبوته دون عقد الكتابة أنه يتعلق الثمنُ بذمته ولا يطالب به سيده كما في حق المكاتب؛ بخلاف الوكيل.

۞ **قلنا:** لا بد عندنا حكمُه حكمُ العامل في القراض والوكيل، فيطالب به إذا أطلق الشراء كما يطالب الوكيل، وفي مطالبته الموكل خلافٌ، وكذا في السيد، وهو جارٍ في العامل في القراض من غير فرقٍ، فلا نسلم ذلك، وكل ما استنكروه من مطالبته بالثمن ووقوع التصرف لغيره ينقلِبُ عليهم في

عامل القراض والوكيل انقلابًا لا مخرج لهم منه.

المرتبة الثانية: إن نُسلم أن الشراء يقع له لتعلق العهدة به فلا جرم نقول: يشتري ما يشاء بغير إذن سيده ـ علىٰ أحد طريقي الأصحاب ـ ولا يتعلق برقبته، فإذا أذن للتجارة في الثياب فاشترىٰ الحبوب نُظِرَ إن اشترىٰ في الذمة صحَّ، كما قبل الإذن، وإن اشترىٰ بغير مال السيد لم يجُزْ؛ إذ ملك السيد لا يُزالُ إلا بإذنه/، فنردُّ النزاع إلىٰ طرف البيع، وهم يعترفون [٢٠٤/أ] بأنه لا يبيع ملك السيد إلا علىٰ وَفْقِ الإذن؛ يبقىٰ لهم أن ما يسلم إليه صار ملكًا له بحكم اليد.

❁ **قلنا**: إنما يملكه يدًا بتمليكه، وهو لم يملكه بل أذن له في أن يشتريَ به شيئًا مخصوصًا، فإذًا عاد الخلافُ إلىٰ صورة البيع وسقط فصْلُ العهدة، وظهر قولنا أنَّ بيعَ مال الغير واقعٌ للغير.

المرتبة الثالثة: أن نُسلم جدلًا أن التصرفَ واقع للعبد ولكن نقولُ: بالاتفاق افتقر إلىٰ إذن السيد لا لحق يُبْتغىٰ بالإذن سقوطه؛ بل لضرر يُتوقَّعُ في المستقبل لحوقُه، وهو عندهم تعلُّقُ الدين بالرقبة، وعندنا تعرُّضُه للمطالبات والمرافعات إلىٰ القاضي والاستكشاف في أداء الديون، فإذا رضي بأن يطالب بديون تجارة الثياب معوِّلًا علىٰ أن يهتديَ إلىٰ التجارة فيه فيربَحُ ولا يخسَرُ، وفي غيره ربما لا يهتدي فيخسَرُ؛ فله فيه غرضٌ صحيحٌ، وهو طلب الربح وتحصيلُ المال، ولأجله أُنْشِئَ الإذن، فليُتَّبَعْ إذنه كما إذا كان الدينُ حالًّا وقال المرتهنُ: بيعوه بالنقد الذي هو جِنْسُ حقِّي؛ فيتبع تفصيلُه؛ لأن حقه ليس يسقط بإذنه وله غرض فيما يحصل من المأذون لأجله

افتقر إلىٰ إذنه، وهو قضاء الدين، فاتُّبع تفصيله، فكذلك في هذا المقام؛ بخلاف ما إذا أذن في البيع قبل حلول الأجل، فإن الإذن ثَمَّ يوجب سقوطَ حقه بالكلية، حتىٰ لا يبقىٰ في البدل، فلا غرض له في أعيان الأبدال، وها هنا غرضُ السيد متعلق بالمحصَّلِ في التجارة، وحقُّ مالكيتِه إن أَوْجب حَجْرًا فليس يرتفع بالإذن؛ بل سلطنته قائمةٌ، فيضاهي بيع المرهون علىٰ وجهٍ لا يُسقط الوثيقة من البدل، وهو ما بعد حلول الدين.

والدليل علىٰ أن فكَّ الحجر علىٰ هذا الوجه يقبل التجزؤَ أنه لو أذن له في النكاح لم يملك التجارة، ولو أذن في التجارة لم يملك النكاحَ لاختلاف غرض السيد فيهما، فكذلك أنواع التجارات تختلف فيها أخطار التجارة، فإذا فك الحَجْر في نوع فليُقْتَصَرْ عليه[1].



مَسْأَلَة: إذا أحاطت الديونُ بالعبد وحُجِرَ عليه، لم تتعلق الديون برقبته[2]؛ خلافًا له[3].

---

(١) كتب قبالة هذا الموضع في الأصل: «بلغ العرض وصح والحمد لله».

(٢) ينظر: الحاوي الكبير، ٣٧١/٥، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٤٦٨/٥، والوسيط، ٣٠٢/٣، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٢٤٠/٧، وفتح العزيز شرح الوجيز، ١٣٨/٩، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٥٧٣/٣، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ١١٢/٢، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٩٣/٤، وهو مذهب المالكية ورواية عن الإمام أحمد بن حنبل، وهي المعتمدة في مذهبه. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٧٤١/٢، وشرح مختصر خليل، للخرشي، ٣٠٣/٥، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٤٧/٥، وشرح منتهىٰ الإرادات، ١٨٢/٢.

(٣) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١٠٣، والمبسوط، للسرخسي، ٨٦/١٨، وبدائع الصنائع،=

فنقول: دَينٌ لزم بسببٍ باشرَه مستحقُّه، فلا يتعلق برقبته كما وجب باستقراض العبد الذي ليس بمأذونٍ وبكفالته.

والتحقيق فيه أن الدين يجب في الذمة في الأصل فتعلقه بالرقبة بسبب زائدٍ الخصمُ وهو المطالَبُ ببيانه وليس لنا إلا السَبْرُ.

فنقول: الدين يتعلق بالمرهون وبرقبةِ العبد عند الجناية، وبكسب العبد في التجارة، ولا يمكن قياسه على المرهون؛ فإنه تعلق به بتعليق المالك، والمالك ها هنا لم يوجَدْ منه إلا الإذنُ في مباشرة سبب الالتزام، وحالةَ الإذن لا دَيْنَ، فكيف تضمَّنَ إذنُه التعليقَ بالرقبة وليس يدل عليه لفظه بحالٍ؟! فإنه نزَّل منزلةَ الأحرار لا ليَبيعَ نفسَه في التجارة بل يتصرف بنفسه لا في نفسِه، ولا يمكن تلقِّيه من الجناية؛ فإن ذلك تفويتٌ بغير رضا مستحقِّه، فإن رأى الشرع عصمتَه/ [٢٠٤/ب] إذ لم يصدر منه سببُ الالتزام ورَجَّح حقَّه على حق السيد، فإذا باشر هو بنفسه وأقدم عليه وهو مختارٌ فهو مقتحِمُ الخطرِ والمعرِّضُ مالَه للضياع، فكيف يكون في معنى ما فوِّت عليه؟!

ولا يمكن أن يقاسَ على الكسْبِ؛ لأن الكسب مال التجارة، والتعلق به كالتعلُّقِ بمال المفلس عندنا إذا حجر عليه، والعبد ما لم يحجر عليه لا يتعلق بكسْبِه، والحَجْرُ أُنْشِئَ ليمنع عن التصرف فيما كان يتصرَّفُ فيه، وهو

= ٢٠٤/٧، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢١٥/١، والاختيار لتعليل المختار، ١٠٢/٢، والبناية شرح الهداية، ١٤٨/١١، وفتح القدير، لابن الهمام، ٢٨١/٩، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٠٧/٨، واللباب في شرح الكتاب، ص٢٤٤، وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل. ينظر: المغني، ١٨٦/٤، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٤٧/٥.

مال التجارة، ورقبتُه ليست مالَ التجارة؛ لأنه لا يتصرف فيه بخلاف كسبه، فنُزِّل منزلةَ الحُرِّ؛ إذ معنىٰ التجارة الاستقلالُ بالتصرف استقلالَ الأحرار، كيف ويمكن أن يقالَ: الإذن في الالتزام إذنٌ في الأداء، ولا طريق للأداء سوىٰ الاكتساب، والأداءُ من الأكساب كالمأذون في النكاح يؤدِّي مهره ونفقتَه في كسبه ولا يباع فيه رقبته؟!

❊ **فإن قيل:** الأصل أن الدين إذا ضعُف متعلَّقُهُ في الذمة تعلَّق بأقرب مال إلىٰ صاحب الذمة، ولذلك إذ مات الحر تعلق بأمواله، والعبد ذمته ضعيفةٌ، ثم يتعلق دينُ الحر ببدل رقبته وهو دِيَتُه بعد موته، فليَتعلقْ ببدل رقبة العبد؛ إلا أنَّ أَخْذَ بدل الحر اختيارًا غيرُ ممكنٍ، ولكن إذا وقع ولزم قضي الدينُ منه، وأَخْذُ بدلِ العبد اختيارًا ممكنٌ، فليُقْضَ منه الدينُ المتعلق بذمته.

❁ **قلنا:** هذا هوسٌ لأن الدَّينَ يتعلق بمالِ مَن عليه الدينُ عندنا بالموت والحَجْرِ عند الإفلاس؛ لأنه ملكه ويتعلق بديتِه؛ لأنها ملكه كما يتعلق بدية ابنِه لو استحقه ثم مات لا لتعلُّقِ الدين برقبة ابنه، كيف ورقبة الحرِّ ليس مالًا حتىٰ يكون التعلقُ ببدله متعديًا منها؟! بل تعلَّقَ به ابتداءً لأنه ملكَه، ورقبةُ العبد ملكُ سيده، وليس مال تجارته، فكان كسائر أملاكه.



مَسْأَلَة: **ليس للمأذون عَقْدُ الإجارةِ علىٰ نفسه وعلىٰ عبيدِه ودوابِّه وجهان**[1]؛ وقال أبو حنيفة: يجوز[2].

فنقول: إجازته نفسَه ليس من التجارة لا لفظًا ولا عرفًا، ولا هو من لوازم التجارة وضروراته؛ بل هو من مشوشات التجارة وصوارِفِها، فلا يدل الإذن في التجارة عليها، وعندنا المأذون يقتصر علىٰ موجب الإذن.

❊ **فإن قيل**: التجارة عبارة عن مقابلة مالٍ بمالٍ لطلب الربح، وهو حقيقة الإجارة ولأجله جاز إجارتُه لدوابِّه، وإن منع فهو بعيدٌ إذ هو من فوائد مال التجارة، فعقد المعاوضة عليها كعقد علىٰ الأصل.

۞ **قلنا**: إن منعنا إجارة الدوابِّ اعتمدنا قضاءَ العرف في أن الإجارة لا يعد من أبواب التجارة، وإن جوزنا؛ فنقول: مأذون في التجارة في مال التجارة وليس يتصرف في رقبته، ومنفعتُه تَبَعُ الرقبة، فحكمُه حكمها، إذ لم يُفْرَد بقصدٍ ولفظٍ حتىٰ ينقطع حكمها عن الرقبة، فرقبته كسائر أموال السيد، فكذلك منفعة رقبته بخلاف دوابِّه وعبيدِه.

---

(١) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ٥٦٩/٣، ومنهاج الطالبين، ص٥٢، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ١١٠/٢، وتحفة المحتاج شرح المنهاج، ٤٨٨/٤، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ٣٠٤/٢، ومغني المحتاج، ١٠٠/٢، وحاشية أحمد القليوبي، ٣٠١/٢، وهو مذهب المالكية. ينظر: الذخيرة، للقرافي، ٢٦/٦، والهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٢٧٦، والمغني، ٦١/٥، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٤٤/٥.

(٢) ينظر: النتف في الفتاوىٰ، للسغدي، ٧٤٢/٢، والمبسوط، للسرخسي، ٢٥/٦، وتحفة الفقهاء، ٢٨٨/٣، وبدائع الصنائع، ١٩٥/٧، والهداية شرح بداية المبتدي، ٤/٤، والاختيار لتعليل المختار، ١٠١/٢، وفتح القدير، لابن الهمام، ٢٨٦/٩، ومجمع الضمانات، ٨٨٠/٢.

[١/٢٠٥] أو نقول: القرينة دلت علىٰ خروج إجارته/ عن التجارة؛ لأنها تُعدُّ مانعة من التجارة، والتجارة اقتناصٌ للربح بترصُّدِ المواسم وانتهاصُ الفرص، والإجارة قيدٌ مانع من التقلب علىٰ حسب المراد، ولا عهد بصيادٍ يقيِّدُ نفسه، فكان خارجًا من عموم اللفظ بحكم القرينة إن سُلِّم عموم اللفظ؛ علىٰ أن الرقبة ومنفعتها ليس من مال التجارة.

※ **فإن قيل**: فلو عمل في الإجارة الفاسدة لزم أجرة المثل، ثم له أن يتصرف فيه ويقضيَ منه ديونه، وكذلك فيما يكتسب بالاحتطاب والاحتشاش، فإذا تصرف في بدل منفعته فبأن يتصرَّفَ فيه أولىٰ.

۞ **قلنا**: المذهب الصحيح أنه لا يتعلق دينُه بالاحتطاب والاحتشاش، ولا خلاف أنه لا يتصرف فيه، فإنه ليس مال التجارة، ولا يتصرف بحال في أجرة المنفعة، فإنها وجبت بالتفويت، فهو كالأرش الواجب علىٰ قطع طرفه، فهو خارج عن مال التجارة.

※ **فإن قيل**: المأذون في النكاح يؤاجر نفسه.

۞ **قلنا**: لا نسلِّمُ، وعلىٰ التسليم هو من لوازمه إذ أذن له في الأداء؛ إذ لا وجه له سواه، وها هنا مال التجارة وجهٌ للأداء حتىٰ لو أخرجه من يده كان السيد مطالبًا به.

❀ **مَسْأَلَة: المأذون لا ينعزل بالإباقِ، وفي انعزاله بالعتق والكتابة خلافٌ**[1]، وقال أبو حنيفةَ: ينعزل بالإباق[2].

وعمدتُنا عموم الإذن، وأن ما طرأ ليس يناقِضُ أهلية الاستخدام في السيد ولا أهلية الخدمة في العبد، وإذنُه لعبده استخدامٌ، وهو الجواب عن الكتابة والعتق؛ فإن رابطة الاستخدام قد انقطعت.

❊ **فإن قيل:** الإذن بحكم قرينة الحال قاصرٌ علىٰ ما قبل الكتابة والعتق؛ لأنه وقتُ الاستخدامِ، فكذلك بحكم القرينة قاصرٌ علىٰ ما قبل الإباق، فإنه وقتُ الطاعة والائتمان.

۞ **قلنا:** لا بل إمكان الاستخدام قائمٌ، وطاعته وأمانته في التجارة مستمرةٌ، وإنما مخالفته في البعد عن يده، وإلا فهو بالتجارة مطيعٌ له، فصار كما لو عصىٰ وفَسَقَ في البلد واستعصىٰ عليه وخالف أوامرَه، وما ذكره من القرينة يبطل بما لو استولد الجارية المأذونة؛ فإن قرينة حالِه قد تقضي بأنه

---

(١) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٤٧٨/٥، والوسيط، ١٩٧/٣، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٢٤٢/٧، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٥٧٠/٣، والغرر البهية، ٤٠/٣، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٨٩/٤، ونهاية المحتاج، ١٧٧/٤، وحاشية أحمد القليوبي، ٣٠١/٢، وهو مذهب الحمابلة. ينظر: رؤوس المسائل الخلافية، ص٧١٣، والهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٢٧٧، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٥١/٥.

(٢) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١٠٣، والنتف في الفتاوىٰ، للسغدي، ٧٤٢/٢، والمبسوط، للسرخسي، ٢٣/١١، وتحفة الفقهاء، ٢٩٢/٣، والهداية شرح بداية المبتدي، ٧/٤، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٧٦/٤، والبناية شرح الهداية، ١٥٤/١١، وفتح القدير، لابن الهمام، ٢٩٧/٩، ومجمع الأنهر شرح ملتقىٰ الأبحر، ٦٩/٤.

لا يرضىٰ بتبرُّجَها للتجارة وهي مستفرَشةٌ.

ولكن قيل: الإذن عامٌ، وسبب الاستخدام قائمٌ، والقرائن متعارضةٌ، فيحكم بعموم الإذن.



مَسْألَة: إذا رأىٰ عبدَه يَتَّجِرُ فسكت لم يكن سكوتُه إذنًا له[1]**؛ خلافًا له**[2].

فنقول: لا يصح تصرُّفُه إلا بإذنه، والسكوت في الدلالة علىٰ الإذن مردَّدٌ، فلا يُكتفىٰ به كما في التصرف المسكوت عنه، وكما لو رأىٰ عبده ينكح أو حرًّا يبيع ماله أو رأىٰ المرتهنُ الراهنَ يبيعُ.

فإن قيل: السكوت قد يكون كالتسليطِ بدليل سكوتِ رسول الله ﷺ بعد مشاهدة الفعل، وسكوت مالكِ الدابة إذا أهلكت مالَ الغير، وسكوتِ البِكرِ وسكوت الشفيع والمشتري عند الاطلاع علىٰ العيب.

(١) ينظر: المهذب، للشيرازي، ٢/٢٣٥، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٥/٤٧٧، والوسيط، ٣/١٩٧، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٧/٢٣٨، وفتح العزيز شرح الوجيز، ٩/١٢٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٣/٥٧٠، وتكملة المجموع، للمطيعي، ١٤/٣٩٦، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: رؤوس المسائل الخلافية، ص٧١١، والفروع، ٧/٢٠.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٢٥/١١، وبدائع الصنائع، ٧/١٩٢، والهداية شرح بداية المبتدي، ٤/٣، والاختيار لتعليل المختار، ٢/١٠٠، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٥/٢٠٤، والبناية شرح الهداية، ١١/١٣٣، وفتح القدير، لابن الهمام، ٩/٢٨٥، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ٢/٢٧٦، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٨/١٢٠، وحاشية ابن عابدين، ٦/١٥٦.

❁ **قلنا:** سكوت النبي ﷺ ليس بمردَّدٍ؛ إذ الفعل لو كان حرامًا لوجب عليه الزجرُ، وترْكُ الزجر بعد وجوبه معصيةٌ، وهو معصومٌ عنه قطعًا، وأما الدابة إذا أهلَكَتْ ضمِنَ صاحبُها وإن صرح بالنهي ولم يسكت، ولكن/ [٢٠٥/ب] الواجب عليه حِفْظُ الدابة ومَنْعُها بالفعل لا بالقول، فضمِنَ بترك الحفظ الواجب عليه، وها هنا لا يجب عليه زَجْرُ عبده عن البيع كما لا يجب زَجْرُه عن النكاح، بل له أن يسكتَ عنه استخفافًا به.

والدليلُ عليه التصرف المسكوت عنه، وأما سكوت البكر فلا أثرَ لها؛ إذ لا يفتقِرُ الأبُ إلىٰ رضاها، وغيرُ الأب والجدِّ لا يكتفي بسكوتها علىٰ رأيٍ.

وإن سُلِّم فسكوتها مع قرينة الحياء ظاهرٌ في الدلالة علىٰ الرضا، وورد النص بجعله دليلًا، ولمَّا انفَكَّ في حق الثيب عن القرينة لم يُقَسْ عليه، فكيف يقاسُ السيد في البيع عليه.

وأما الشفيع فلا يسقط حقه بالسكوت، وكذلك المشتري فإنه لو صرح بالطلب سقَطَ، ولكن سببه ترك البِدارِ؛ إذ الثابت لهم المبادرةُ، فإذا لم يبادروا فلا حقَّ لهم.

ثم نقول: هذه المسائل إذا لم تدلَّ علىٰ الاكتفاء بالسكوت في التصرف والمسكوت عليه وفي النكاح وفي بيع الحُر وبيع الراهن عند سكوت المرتهن، فمن أين يدل علىٰ مسألتنا؟!

❁ **فإن قيل:** لأن السكوت كان ولإسقاط الحقِّ، والعبدُ متصرف لنفسه ولكن حق السيد متعلِّقٌ به.

﴿ قلنا: يبطل بنكاحه؛ فإنه أولىٰ بأن يكون واقعًا له وبتصرُّفِ الراهن، ثم قد بينَّا أنه متصرِّفٌ لسيده في ماله لا لنفسه.



مَسْأَلَة: **المساقاةُ معاملةٌ صحيحةٌ**[١]؛ خلافًا له[٢]، **والمعتمدُ**: ما روي أنه ﷺ فتح خيبرَ عَنوةً وأصاب صفراءَ وبيضاءَ وحدائقَ ومزارعَ، فاقتسمها علىٰ الغانِمينَ واستغلوها فنقصتِ الثمارُ في أيديهم فجاء أهل خيبر، وقالوا: إنا أعرف بأمر النخيلِ منكم، فساقاهم رسول الله ﷺ علىٰ أن يكون شَطْرُ الثمارِ لهم وشطْرُها للمسلمين[٣].

---

(١) ينظر: مختصر المزني، ٢٢٢/٨، والإقناع، ص١١٠، والحاوي الكبير، ٣٥٧/٧، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٥/٨، والوسيط، ١٣٦/٤، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٢٥١/٧، وفتح العزيز شرح الوجيز، ٩٩/١٢، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١٥٠/٥، وكفاية الأخيار حل غاية الاختصار، ص٢٩١، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٣٩٣/٢، ومغني المحتاج إلىٰ معرفة ألفاظ المنهاج، ٤٢٠/٣، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: التهذيب في اختصار المدونة، ٤٠٩/٣، والرسالة، للقيرواني، ص١١١، والتلقين، ص٤١٠، وبداية المجتهد، ١٩٧/٢، وعقد الجواهر الثمينة، ٥١٣/٣، ورؤوس المسائل الخلافية، ص٨٣٠، والمغني، ٢٩٠/٥، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٤٦٦/٥.

(٢) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١٠٤، والنتف في الفتاوىٰ، للسغدي، ٥٥٧/٢، وبدائع الصنائع، ١٨٥/٦، والهداية شرح بداية المبتدي، ٥٩/٤، والاختيار لتعليل المختار، ٧٩/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٨٤/٥، والبناية شرح الهداية، ٥٠٩/١١، وفتح القدير، لابن الهمام، ٤٧٨/٩، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ٣٢٨/٢.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الإجارة، باب: إذا استأجر أرضًا فمات أحدهما، (٢٢٨٥)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر، (١٥٥١).

والحديثُ نصٌّ صريحٌ، وفي مساقِهِ دَفْعُ كل تأويلٍ؛ فإنه روي أنه بعث عبدالله بن رواحة خارصًا، فلما خرص قالوا: أجْحَفْتَ بنا، قال: إن شئتُم فَلَكُمْ، وإن شئتم فَلِي[1].

ولهم أسْئلةٌ:

الأوَّلُ: أنه جرىٰ علىٰ طريق المصالحة، وهذا يدفعُه لفظ المساقاة، فإنه روي: أنه ساقاهم علىٰ الشطر، وهذا يدل علىٰ أنه أثبت عِوَضًا في معاوضة، ولفظ المساقاة معروفةٌ فيما بينهم.

❊ **فإن قيل:** هذه معاملةٌ جرَتْ مع الكفار علىٰ مساهلةٍ، ومعاملتهم لا تتقيَّدُ بشرط الإعلام وسائر الشرائط.

۞ **قلنا:** كانوا مستأمَنين ـ أعني أهل خيبر ـ، وكلُّ شرطٍ يعتبر في معاملة المسلم فكذلك في المستأمَنِ والذميِّ.

❊ **فإن قيل:** لعله أقرَّ الأراضيَ في أيديهم ووظَّفَ النصفَ خراجًا عليهم.

۞ **قلنا:** نُقِلَ: أنه فَتَحَ عَنْوةً وتملَّكَها المسلمون واستغلُّوها، فنقَصَت في أيديهم، فكيف يُتَصَوَّرُ بقاؤها علىٰ ملكهم؟!

❊ **فإن قيل:** لعله استرقَّهم مع الأراضي واستعملهم فيها لزيادة معرفتهم، وجعَل النصفَ طُعمةً لهم ونفقةً دارَّةً عليهم كما علىٰ العبيد.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند، (١٤٩٥٣)، والدارقطني في السنن، كتاب الزكاة، باب: في قدر الصدقة فيما أخرجت الأرض وخرص الثمار (٢٠٥٠)، ورجاله ثقات. ينظر: البدر المنير، ٥/٥٣٦.

۞ قلنا: أهل خيبرَ كانوا زُهاءَ أربعين ألفًا، ولو استُرِقُّوا لَبِيعَ واحدٌ منهم، ولَنُقِلَ ولم يُنْقَلْ ذلك، كيف وأجلاهم عمرُ في زمانه/ وفرَّقهم في البلاد؟! وذلك لا يجوز في مماليك المسلمين.

٢٠٦/أ

ثم لفظ المساقاة وما جرىٰ من المماكسة في الخَرْصِ، كيف يجري مع العبيد؟ وكيف يتمكنون من المراودة فيه؟

※ فإن قيل: الدليل علىٰ أنه لم يجْرِ معاملةً لازمةً ومعاوضةً منعقدةً، وأنَّ ذلك جرىٰ استعمالًا لهم في العمل مع المسامحة معهم بنصف الثمار بطريق الرضا لا بطريق اللزوم ـ أنه جعل لهم سواقِطَ التمر وما يُلْقيها الطيورُ بمناقيرها، وهذا يُفسِدُ العقد، وأنه قال: «أُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللهُ»[1]، وهذا تأجيلٌ مجهولٌ، فدَلَّ أنه كان يتوقع في هذه المصالحة ظهورَ مصلحةٍ توجِبُ تغييرَها، فاستبقىٰ خيرةً مجهولةً، وكذلك جَعل لهم نصفَ الزرع، وهي مُخابَرةٌ باطلةٌ عندكم.

ويدل عليه أيضًا أنه نُقِلَ النهيُ عن المخابرة[2]، وهي المعاملة الجاريةُ

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الصرف، باب: المعاملة والمزارعة في النخل، (٨٢٩) ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرىٰ، كتاب الزكاة، باب: خرص التمر، (٧٦٨٧) من حديث سعيد ابن المسيب مرسلًا: أن رسول الله ﷺ قال ليهود خيبر حين افتتح خيبر: «أقركم ما أقركم الله علىٰ أن التمر بيننا وبينكم».
وأخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب: إذا اشترط في المزارعة: إذا شئت أخرجتك، (٢٧٣٠) من حديث ابن عمر ﷺ، قال: لما فَدَعَ أهل خيبر عبد الله بن عمر، قام عمر خطيبًا، فقال: إن رسول الله ﷺ كان عامل يهود خيبر علىٰ أموالهم، وقال: «نقركم ما أقركم الله».

(٢) أخرجه البخاري، كتاب المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب أو حائط في نخل، (٢٣٨١)، ومسلم، كتاب البيوع، باب: النهي عن المحاقلة والمزابنة، وعن المخابرة، (١٥٣٦).

بخيبرَ، فدل أنه إن انعقد فهو مفسوخٌ، وإلا فكان مساهلة في المصالحة، لا إلزامًا للعقد، والمعاملة علىٰ شرائطها، ونحن لا نمنع المالك من أن يستعمل إنسانًا ثم يُسامحَه بنصف ما يظهر، ولكن لا تلزم المعاملةُ علىٰ هذا الوجه، وهذا أوجَهُ الأسْئلةِ.

۞ **قلنا**: المنقول أنه ساقاهم علىٰ الشطر، وهذه صفةُ المعاملة والمعاوضة، ولا يصدر من الشارع إلا ما هو صحيحٌ منعقِدٌ، وهذه المعاملة عندكم فاسدةٌ محرمةٌ؛ إذ لو قال: ساقَيْتُكم علىٰ الشطر؛ كانت هذه معاملةً فاسدةً، وكل فاسدٍ غيرُ مشروعٍ.

أما سواقط التمر جُعِلَ لهم تسامحًا فيها واستحقارًا لها، ولم يُذْكَرْ ذلك مقرونًا بشرط العقد، وذلك لا يُفْسد، وأما شَطْرُ الزرع فشرطُه جائزٌ مهما كان في خلل النخيل بطريق التبعية؛ إذ لنا في رسول الله ﷺ أسوةٌ حسنةٌ، فنفهم من فِعْلِه الجوازَ لا محالةَ.

وأما قوله: «أُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللهُ» عَلَىٰ أَرَاضِي خَيْبَرَ إشارةٌ إلىٰ ما فعله عمر في زمانه؛ إذ لم يتفرغْ له أبو بكرٍ، وكان ﷺ قد أمر بإزعاجهم وإجلائهم، وقصَد الردَّ به عليهم في إنكار النسخ.

وأما النهي عن المخابرة، فالمراد به المزارعةُ، وهو مشتق من الخبار، وهو الأرضُ اللينةُ، ومنه يسَمَّىٰ الأكَّارُ الخَبيرَ، فأما اشتقاق الاسم من تلك المعاملة فخروج عن اللغة، وذلك يوجب الاشتقاق مما جرىٰ بمكة والمدينة؛ وهي حماقة لا وجهَ لها.

ثم نقول: الظاهر أن ما جرىٰ معاملةٌ صحيحةٌ، وما ذكروه احتمالاتٌ بعيدة، ويشهد لرَدِّها أمرٌ كليٌّ ذكره الشافعيُّ؛ وهو أن الصحابة اتفقوا علىٰ صحة القراض، ولا ينعقد الإجماع إلا عن توقيف أو قياسٍ، ولا توقيفَ فيه، فلم يكن لهم مستندٌ إلا فَهْمَهم صحةَ المساقاةِ، واعتقادَهم أن القراض في معناها، ولا يخفىٰ تقارب العقدين، وابتناؤها علىٰ حاجة الأغنياء والعُمَّال لاستنماء الأموال.

فإن قاسوا علىٰ المخابرة فقد نهىٰ ﷺ عنها وأقدم علىٰ المساقاة، وهو المتَّبَعُ، والقياسُ في معارضةِ نَصِّه باطلٌ.



مَسْأَلَة: العاملُ في القراض لا يملك الرِّبْحَ بمجرَّدِ الظهور؛ في القول المنصور، وإنما يملك بالقسمة، وفي ملكه عند التنضيضِ وقبلَ القسمة تَرَدُّدٌ[1]. وقال أبو حنيفة/: يملك بالظهور[2]، وبنىٰ عليه نفوذَ عِتْقِه في عبد القراض إذا كان واحدًا، وناقض فقال: لو كان رأس المال ألفًا

٢٠٦/ب

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٣٢٦/٧، والمذهب، للشيرازي، ٢٤٠/٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٥٠٤/٧، والوسيط، ١٢١/٤، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٢١٤/٧، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٢٨٠/٢، وكفاية الأخيار حل غاية الاختصار، ص٢٩١، والغرر البهية، ٢٩١/٣، والمشهور عند المالكية أنه العامل يملك الربح بعد القسمة. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٩٠٧/٣، وجامع الأمهات، ص٤٢٥، والذخيرة، للقرافي، ٢٥/٣

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء، ٢٤/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٦١/٥، البناية شرح الهداية، ١٠٥/١٠، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: المغني، ٣٠٤/٥، والمبدع شرح المقنع، ٥٤/٥، والإقناع، ٢٦٧/٢.

فاشترىٰ به عبدين كلٌّ واحد يساوي ألفًا وأعتقهما جميعًا، لم ينفذ عتقُه في واحدٍ منهما، وهو تصريحٌ علىٰ التحقيق بنفي الملك.

والمعتمد في المسألة: أن استحقاقَ العِوَضِ علىٰ عملٍ مجهولٍ ليس علىٰ قياس الإجارة، ولكنه أثبت للحاجة تشوُّفًا إلىٰ تنمية المال وحيازة الرِّبْحِ والنماء فيه مع أن الغالب عجْزُ المالك عنه كما جوَّزَتِ الجعالةُ مع الجهل بالعمل لذلك، ثم الأجرة لا تستحق إلا بتمام العمل، فكذلك في القراض، وهذا لأن تنزيل الشرع علىٰ ما يلائم معلومًا من موضوعات الشرع أولىٰ من تنزيله علىٰ وجه غريب لا يُلْفىٰ له نظيرٌ.

❊ **فإن قيل**: المتَّبَعُ الشرطُ في الجُعالة، وقد قال: إن رددتَّ عليَّ عبدي الآبِقِ فلك درهمٌ، فيستحق عند الرد، وها هنا شرط أن يحصِّلَ رِبْحًا ليكون له بعضُه، وقد حصل فليملك بعضه.

۞ **قلنا**: ليست المسألة لفظيةً؛ إذ لو شرط ملك الربح عند المقاسمة، لم يجزْ صريحًا عند الخصم، ولو شرط الملك بالظهور لم يجزْ عندنا، وإنما المسألة في تعرُّفِ مورد الشرع، وهو أن الشرع أثبت استحقاق العوض بتمام العمل ونهايته/، أو بأوله، فإثباته بتمامه ملائمٌ لنظر الشرع، في [٢٠٧/أ] الجُعالةِ التي هو[1] استحقاق بعمل مجهولٍ، ولو شرط في الجعالة له الأجرةَ عند ظفَرِه بالعبد الآبق وقَبِلَ، لم يجُزْ؛ لأن الشرع لم يجوِّزِ استحقاقه إلا بتمامِ العمل المحصِّلِ لغاية المقصود.

❊ **فإن قيل**: الزائد في العبد اليدُ فالمقصود عودُها لأنه المفقودُ، وأما

(١) كذا في الأصل، والجادة: «التي هي»، ولكنه حمل الجُعالة علىٰ معنىٰ الجعل؛ فذَكَّرَها.

ها هنا المفقود عينُ الربح ملكًا، والمطلوب حصولُه، ففي تنمية المال وتحصيل النَّماء تحقيقٌ للمقصود، فمِثالُه عَوْدُ اليد إليه في الآبِقِ؛ لأنه المقصودُ.

قلنا: مهما ظفِر الوكيل المجعولُ بالآبق فقد عادت اليدُ ودخل تحت قدرته لدخوله تحت قدرة وكيله، ولذلك ينفُذُ فيه بيعُه وتصرُّفُه، ولكن هو أصل المقصود لا كمالُه، وكمالُه بالدخول تحت يده التي بها الأمن من الإفلات، فكذلك عينُ الربح غيرُ مقصودٍ فإنه عُرْضةُ الإفلات بالخسران المحصور فيه، فكمال الغرض تحوُّلُ المال علىٰ وجه يؤمن من الإفلات بالخسران، وذلك بالتنضيض والقسمة، فوقوعُه في يد العامل ـ وهو بَعْدُ في سياق التجارة ـ كوقوع الآبق في يد المجعول، وتوقُّعُ الخسران الذي يمحو ما يُخايل من الربح كتوقع الإفلات الذي يمحو ما ظَهر من القدرة، فلا فرقَ إلا أن المفقود ها هنا هو الملكُ، وذلك لا يُخرج اليدَ عن كونه مقصودًا، ويدل عليه أمرانِ؛ أحدهما: حصرُ الخسران فيه وانتقاضُ العمل والاستحقاقُ به، فيضاهي انتقاض عمل المجعول بالإفلات، وما دام ذلك متوقعًا لا يستحق شيئًا ولو ثبت استحقاقه لما بطل به.

والآخر: أنه لو ملك لصار شريكًا به حتىٰ يملك ربح الربح، ثم ما يخص نصيبَ المالك ينقسِمُ، وذلك يوجب خلاف الإجماع، فدل أن الشرع لم يُثبت استحقاقَه قبل تمام العمل.

فإن قيل: فلو أتلف المالك المالَ أو أتلفه أجنبيٌّ، غرم له، وكيف يغرم له ما لم يملكه؟!

قلنا: مهما انتهىٰ العمل نهايتَه لا يتصور انتقاضُ الاستحقاق المنوط

به بخسرانٍ وفواتٍ بعدَه فقد انتهىٰ نهايتَه، واستقر الأمر فيه، وذلك حاصل بالإتلاف.

❊ **فإن قيل**: فلو مات العامل فلِم يستحق الوارث شيئًا ؟!

۞ **قلنا**: لأن له فيه حقَّ التملُّك مهما أراد، فكان كحق الغانِمين قبل القسمة وحق الشفيع، فإنه موروثٌ عندنا، ثم جميع كلماتهم باطلٌ بالعتق في العبدين، وعذرهم عنه باطلٌ بالعبد الواحد، ونفرض فيه ونقول: عتقٌ من العامل في مال القراض قبل تمام العمل، فلا ينفذ كما لو أعتق عبدين؛ وهذا لا مخرجَ منه، والله أعلم.



مسائلُ الإجارةِ

❊ مَسْأَلَةٌ: **الأُجرةُ تتعجَّلُ في الإجارة إلَّا إذا شُرِطَ تأجيلُها**[1]، وقال أبو حنيفة: تتأجَّلُ إلا إذا شُرِطَ التعجيلُ[2]، **والمعتمدُ**: أنَّ الاتفاق واقعٌ علىٰ التعجيل إذا أتىٰ بما يدل عليه، كما لو صرَّح به أو جعل الأُجرة عينًا أو بُضْعًا في عقد النكاح لا يَحتمِلُ الأجلُ، ونحن نسلِّم أن التأجيل هو المحكومُ به؛ إذا أتىٰ بلفظ يدلُّ علىٰ التأجيل، وهو عند شرطِه، والنزاع واقعٌ في أن المطلق يؤدي معنىٰ التعجيل أم لا؟ **فنقول**: قولُه: استأجرت الدار بدينار؛ كقوله: اشتريتُها بدينار، وتزوجتُ المرأةَ بدينار، وأسلَمْتُ إليك في كَرٍّ حنطةٍ بدينار، ومطلق هذه الألفاظ، والالتزام المطلق؛ لتنجُّزِ اللزوم، فلا فَرْقَ بين أن يقولَ: استأجرت الدار شهرًا، وعليَّ من الأجرة

(١) ينظر: التنبيه، لأبي إسحاق الشيرازي، ص١٢٤، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص٢٩٦، وفتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، ص١٩٧، ومغني المحتاج، ٤٣٤/٢، وهو مذهب الحنابلة، وما رجع إليه زفر وقول محمد بن الحسن وأبي يوسف من الحنفية. ينظر: تحفة الفقهاء، ٣٤٨/٢، والمغني، ١٨/٨، والفروع، ١٤٠/٧، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٨٠/٦.

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء، ٣٤٨/٢، وبدائع الصنائع، ٢٠١/٤، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٣١/٣، والبناية شرح الهداية، ٢٣٤/١٠، وهذا القول هو قول الإمام مالك، ففي المدونة، ٥٢٥/٣: «في الرجل يكتري الدار سنة متىٰ يجب عليه الكراء؟ قلت: أرأيت من اكترىٰ دارًا سنة متىٰ تجب الأجرة علىٰ المتكاري؟ قال: سألت مالكًا عن ذلك فقال لي: إذا لم يكن بينهما شرط دفع إليه بحساب ما اكترىٰ مما سك».

دِرهمٌ، وبين أن يقولَ: لفلانٍ عليَّ درهمٌ، أو: للهِ عليَّ درهمٌ، فاللفظ دال علىٰ تَنجُّزِ اللزوم بمطلقِه، فإن الصيغة صيغة الالتزام في المعاوضات كلِّها، فليُطالَبْ في الحال بما التزم.

✼ فإن قيل: فإذا قال: لفلانٍ عليَّ درهمٌ، أو: لله عليَّ درهم؛ فقد وصل بالدرهم صيغةَ «عليَّ»، وهي للُّزومِ، وفي مسألتنا: لم يَصِلْ بالدرهم إلا باءَ البدليَّةِ في قوله: استأجرتُ بدرهمٍ. وهذه الصيغة ليست صيغةَ اللزوم، وإنما هي صيغةُ البدلية، ولكِنْ وُضعَ البدلُ علىٰ اللزوم في مقابلة المبدلِ، فيُنظرُ إلىٰ المُبدلِ، ويجبُ البدلُ بحسَبِه، فإن اللزوم بباء البدلية فرعٌ لقضية البدلية، وقضيةُ الإبدال في المبادلات المطلقة التعادل.

فإن جرىٰ في بيع تنجَّز في الحال بدلًا لتنجز المُبدلِ لا لدلالة الصيغة علىٰ التَنجُّز دون تحقيق البدلية، وإن جرىٰ في النكاح تنجَّز الصداقُ؛ لأن عقد النكاح عندنا واردٌ علىٰ العين، وقد ملك عينَها مِلكَ النكاح كما يملِكُها المشتري ملكَ اليمين، ولأن ثَمَّ مانعَ[1] من تأجيل الصداق إلا علىٰ وجهٍ

(١) كذا في الأصل: «مانع» وحقه النصب؛ اسم إن مؤخرًا، والمثبت جارٍ علىٰ لغةِ ربيعة؛ فإنهم لا يُبْدِلُونَ من التنوين في حال النصب ألفًا ـ كما يفعل جمهور العرب ـ بل يحذفون التنوين ويقفون بسكون الحرف الذي قبله؛ كالمرفوع والمجرور، ولابد من قراءتِهِ منوَّنًا في حال الوصل؛ غير أنَّ الألف لا تُكْتَبُ؛ لأنَّ الخط مداره علىٰ الوقف. والظاهر: أنَّ هذا غير لازم في لغة ربيعة؛ فالوقف علىٰ المنصوب المنوَّن بالألف: كثيرٌ جدًّا في أشعارهم؛ فكأنَّ الذي اختُصُّوا به هو جوازُ الإبدال. قال ابن جني: «ولم يحك سيبويه هذه اللغة، لكن حكاها الجماعة: أبو الحسن [الأخفش]، وأبو عبيدة وقطرب وأكثر الكوفيين». الخصائص، ٢/٩٧.
وقد وقَع من ذلك في الأحاديث والآثار وكلام المحدِّثين وكلام العرب: شيءٌ كثير؛ فقد=

مجهول لا سبيل إليه، فإنه لا منتهىٰ للنكاح، وإن استأجر بأجرةٍ معينة تعيَّن لامتناع التأجيل في الأعيان، فإنها لا تقبل، فجعْلُها بدلًا غيرُ ممكن إلا علىٰ وجه التنجُّزِ، وكذلك إذا جعل منفعة الدار صداقًا لزِمها تسليمُ نفسها بتسليم الدار إليها؛ لأن المستحَقَّ عليها لا يقبل التأجيل كالأعيان، فكان ذلك مانعًا منه، وأما إذا جرىٰ في السلمِ فالمطلق لا يقتضي لزوم رأس المال بل له أن

= قال النوويُّ عن حديث البخاري (٣٢٣٩)، ومسلم (١٦٥): «قوله (ص): «وأُرِيَ مالكًا خَازِنَ النَّارِ».... ووقع في أكثر الأصول: «مالك» بالرفع ـ أي: علىٰ هيئة المرفوع ـ وهذا قد يُنْكَرُ، ويقال: هذا لَحْنٌ، لا يجوزُ في العربية، ولكنْ عنه جوابٌ حَسَنٌ، وهو أنَّ لفظةَ «مالك» منصوبةٌ، ولكنْ أسقطتِ الألفُ في الكتابة، وهذا يفعلُهُ المحدِّثون كثيرًا؛ فيكتبون: «سمعتُ أنسٌ» بغير ألف، ويقرؤونه بالنصب، وكذلك «مالكٌ» كتبوه بغير ألف، ويقرؤونه بالنصب؛ فهذا ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ مِنْ أحسنِ ما يقال فيه، وفيه فوائدُ يتنبَّهُ بها علىٰ غيره، والله أعلم». شرح النووي علىٰ مسلم، ٢/٢٢٧.

ونقل العيني عن الكرماني قوله في مثل هذا بعد تخريجه علىٰ لغة ربيعة: «ومِثْلُهُ كثير في هذا الصحيح [يعني: صحيح البخاري]؛ نحو: سمعتُ أنسٌ، ورأيتُ سالمٌ». عمدة القاري، ٦/٢٥٢، وانظر أيضًا: ٨/٢٦٢، ٢٢/٨٧، وفتح الباري، ٩/٦٢١، وشرح السيوطي علىٰ سنن النسائي، مع حاشية السندي ٥/١٨٠، وشواهد لغة ربيعة أكثر من أن تحصىٰ، شعرًا ونثرًا.

ولغة ربيعة هي إحدىٰ ثلاث لغات للعرب في الوقف علىٰ الاسم المنوَّن:

واللغة الفصحىٰ: أن يوقَفَ عليه بإبدال تنوينه ألفًا؛ إن كان بعد فتحة، وبحذفه إن كان بعد ضمة، أو كسرة، بلا بَدَل؛ تقول: رأيتُ زَيْدًا، وهذا زَيْدْ، ومررتُ بزَيْدْ.

والثالثة: أن يوقَفَ عليه بإبدال التنوين ألفًا بعد الفتحة، وواوًا بعد الضمة، وياءً بعد الكسرة، وهي لغة الأَزْد؛ يقولون: رأيتُ زَيْدَا، وهذا زَيْدُو، ومررتُ بزَيْدِي.

انظر في هذه اللغة وشواهدها: سر صناعة الإعراب لابن جني، ٢/٤٧٧ ـ ٤٧٩، والخصائص، ٢/٩٧، وشواهد التوضيح والتصحيح، لمشكلات الجامع الصحيح لابن مالك، ص٨٩، ٩١، ١٠٢ ـ ١٠٣ مبحث رقم ٦، ٧، ١٠، والمساعد، علىٰ تسهيل الفوائد لابن عقيل، ٤/٣٠٢ ـ ٣٠٣.

يمتنع فيفسخ العقد لعدم التسليم في المجلس، ولكن تُعتَبَرُ فيه بالقبض في المجلس، ولا قبضَ إلا في معيَّن، والمعيَّنُ لا يَحتمِلُ الأجل، فكان كالأجرة المعينة.

والجوابُ علىٰ مراتب؛ الأوَّلُ/: أنَّا وإن سلَّمنا أن ملكَ المبدل [٢٠٧/ب] متراخٍي[1]، وأن لزومَ البدل تابع للزوم المبدلِ، فقد مُنع ها هنا من التأجيل لأنه لو تأخَّر وجوبُه جميعُه إلىٰ استيفاء جميع المنفعة، كان ذلك خيرًا للبدل عن المبدل لا تحقيقًا للمحاذاة.

وإن قيل: إنه يملك بكل جزء يستوفيه جزءًا، فآحادُ الأجزاء لا تتقوَّمُ، فإنه لو أُفْرد بالعقد لم يصحَّ، فكيف يُنَزَّلُ العقدُ علىٰ تقديرٍ لو صُرِّح به لم يصِحَّ، وعندهم أن العقد ينعقد مضافًا إلىٰ كل جزء من المنفعة، فإذا كان أقلُّ ما يتقوَّمُ نصفَ يومٍ مثلًا، فإن قلنا: يملك عند آخِرِ جزء من نصف اليوم، فما كان استوفاه من قَبلُ استوفاه علىٰ ملكه، ولم يُملكْ عليه شيءٌ، وإن قلنا: يملك جزءًا جزءًا؛ فكل جزء لا يتقوَّمُ لا يقبلُ الملكَ[2].

وإن قلنا: يملك في الحالِ فَيعُقل أن يملك البدل والمبدل بعده؛ كما في شرط التعجيل، فقد تعذَّر التأجيل ها هنا، كما تعذر في الأعيان، إذا كانت أجرةً، وفي النكاح كما ذكروه، ووجه التعذُّر هذا وقد اضطرُّوا إلىٰ أن

(١) كذا في الأصل مضبوطًا، وتقدم التعليق علىٰ جوازِه.

(٢) نعم كل جزء لا يتقوم لا يقبل الملك كما ذكر المصنف ﷺ، ولكن الحنفية لا يقولون: إن الملك يحصل جزءًا جزءًا، وإنما يقولون: إن المنفعة تحصل جزءًا جزءًا، والمنفعة لا تتحقق إلا بالاستيفاء، فلا تتحصل إلىٰ مع نهاية المدة، ويقابلها الأجر، فلا يرِدُ عليهم ما ذكره المصنف من كون هذا الجزء لا يتقوم فلا يقبل الملك. ينظر: تحفة الفقهاء، ١٠/٢٣٤.

يُملِّكوا المستأجر الجزءَ الأول من المنفعة دون أن يُملك عليه في مقابلته(١).

المرتبة الثانية: هو أنَّا نقول: اللفظُ صريحٌ في التزام البدل؛ إذ لو لم يضمرْ الالتزام في قوله: استأجرتُ بدرهم؛ لم يُفهَمِ الكلامُ، فمعناه: استأجرت بدرهم لزمني في مقابلته، فقد صرح بلزوم البدل، وليس من ضرورةِ كونِه بدلًا لازمًا أن يُملكَ في الحال في مقابلته؛ بدليل شرط التعجيل، فقد لزمه البدلُ، ولم يملك في الحال مبدلًا كما في السلم، ولكنه علىٰ حقيقة البدلية؛ إذ لم يلزمه مجانًا؛ من حيث إنه في مقابلة شيء، وإن لم يكنُ ذلك الشيءُ مملوكًا في الحال.

ففي هاتين المرتبتين لسنا نحتاج إلىٰ أن ندَّعيَ تنجُّزَ ملكٍ للمستأجر مقرونًا بالعقد، ولكنَّ المقصودَ حاصلٌ دونه.

المرتبة الثالثة: إن مطلقَ البدلية يقتضي التقابلَ في اللزوم علىٰ أقصىٰ ما يليق بكل واحد من البدلين، والأجرة أمكن تنجيزُ وجوبها واستيفائها في الحال، والمنفعة لا يطلب منها إلا استحقاق الاستيفاء بحسب الحاجة، فأما أن يطلب منها جمعها في كيس وطلبها وتحولها فلا، وقد استحق الاستيفاء

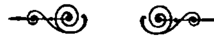
(١) والتحقيق في وجه القول بتأخير الأجرة عند الحنفية بأحد معان ثلاثة إما بأن يشترط تعجيله في نفس العقد وإما أن يعجل بغير شرط وإما باستيفاء المنافع شيئًا فشيئًا أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم المستأجر إليه وبتسليم المفتاح إليه أيضًا، ولما كان عقد الإجارة ينعقد شيئا فشيئا علىٰ حسب حدوث المنافع، والعقد معاوضة، ومن قضيتها المساواة، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر، وإذا استوفىٰ المنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقق التسوية، وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل؛ لأن المساواة تثبت حقا له وقد أبطله برضاه بشرط التعجيل. ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، ٢٣١/٣.

علىٰ حسب حاجته، واستحقاقه ناجزٌ، أما الملك فيما لا بقاء له ولا يتصور تحولُه فلا يراد في نفسه، وقد حصل المستأجر علىٰ استحقاق الاستيفاء علىٰ حسب الحاجة، والإمكانُ فيه علىٰ حسب الحاجة؛ إذ ليس يمكن استيفاؤها دَفعةً واحدةً، ولا يحتاج إلىٰ استيفائها دفعةً واحدةً، نعم قد يطلب في الحال التسليط علىٰ الدار التي هي منبعُ المنافع ومجمَعُها حتىٰ يتمكن بالتمكن من الدار من الاستيفاء علىٰ حَسَبِ الحاجة والعادة/، ومهما [٢٠٨/أ] سُلِّم إليه الدار، فقد حصل له أقصىٰ المقصود الممكن في هذا المبدل، فليحصل للمكري أقصىٰ المقصود الممكن في البدل تسويةً بين المتعاقدين علىٰ الاتصال بالعقد علىٰ حَسَبِ الإمكان، يدلُّ عليه أن الشيء إما أن يُرادَ ليُتمَكَّنَ من استيفائه علىٰ وجه الحاجة، أو يؤخَذَ بدلُه في الحال، وهو بعد قبض الدار متمكِّنٌ مِن صرفه إلىٰ حاجته علىٰ حسب العادة والحاجة، ومتمكن من أخذ بدلِه وتملُّكِه في الحال بالإجارة، فكان كالحنطة الكثيرة المشتراة في دار يتمكن من استيفائها وصرفها إلىٰ الأغراضِ علىٰ حسب الحاجة، ومِن أخذ بدلها بالبيع في الحال، وهو حصولُ كمالِ المقصود، ولا فَرْقَ إلَّا أن للحنطة وجودًا قبل الاستيفاء وقبل البيع، وليس للمنفعة وجودٌ إلا مقرونًا بالاستيفاء، والوجود قبل الاستيفاء في جهة الغرض كالمستغني عنه؛ بالإضافة إلىٰ مقصود الطالب، فلا يخرجه عن كونه متحصَّلًا في الحال علىٰ أقصىٰ غرضه المطلوب، فليكن المكريُّ أيضًا كذلك، وهذا لأنَّ الوجود قبل الاستيفاء إنما يطلب فيما يبقىٰ ليتحوَّلَ، وهنا لا يبقىٰ ولا يتحول، والغرض فيه مقصور علىٰ الاستيفاء، ولذلك لو لم يسكن الدار حتىٰ انقضت المدةُ استقرت الأجرةُ ولم يُمَلَّكْ شيئًا ولا استوفىٰ شيئًا،

وكيف يُملكُ والملكُ بعدَ الوجود؟ ووجود المنافع عندهم بالسكون والانتفاع، ولكن قيل: تحصَّلَ علىٰ أقصىٰ ما يكون في المنافع، فَلْيتحصَّلْ مُعامِلُه علىٰ أقصىٰ الإمكان في بدله تسويةً بين البدلين.

❊ **فإن قيل**: فإذا انهدمت الدار لِمَ انفسخ العقدُ وقد حصل في الحال علىٰ أقصىٰ الإمكان؟

❁ **قلنا**: هو بالإضافة إلىٰ الحال مُتحصِّلٌ علىٰ أقصىٰ الإمكان؛ لأنه متمكن من الاستيفاء علىٰ حسب الحاجة، لو اطردت السلامة علىٰ الدار، فكان ذلك حصولًا بشرط سلامة العاقبة؛ كما لو قبض العبد المرتد يُقضىٰ بأنه يُطالَبُ بالثمن. فإن قُتِلَ بالردَّةِ فيقضىٰ بالانفساخ؛ لأن ذلك يتم بشرط سلامة العاقبة، وكذلك نقولُ: النطفة لمَّا كان مصيرُها إلىٰ الحياة، نُزِّلت منزلةَ الحي في الإرث بشرط سلامة العاقبة، فإن مصيرَه إلىٰ الوجود لو اطردت السلامة، فكذلك مصير المنفعة إلىٰ الاستيفاء، فكان كالحاصل بالإضافة إلىٰ غرض الطالب بِناءً علىٰ ظاهر الحال، فهذا لا يقدح في الغرض الذي ذكرناه، ويتعلق بأطراف النظر في المسألة كلمات كثيرةٌ استقصيناها في كتابِ المآخذ، والمسألة مستقلةٌ بالقَدْرِ الذي ذكرناه الآن.



❦ **مَسْأَلَة: إضافةُ الإجارة إلي السنة القابلة باطلةٌ**[1]؛ خلافًا له[2]،

(١) المهذب، للشيرازي، ٢/٢٢٨، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٨/١٢٩، وفتح العزيز بشرح الوجيز، ٧/٥٠، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٦/١٣٨، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ٢/٣٥١،.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٢٣/١١٣، والمحيط البرهاني، ٧/٤٢٠، وتبيين الحقائق=

والمعتمد أن شرط المعاوضة المحضة أن يكون المعقود عليه موجودًا مُعَيَّنًا، مقدورًا علىٰ تسليمه، معلومًا، وهذه الشرائط سقطت في المنفعة لا علىٰ سبيل الإطلاق، ولكن بطريق إقامة الدار التي هي سبب المنافع مُقامَ الدار، حتىٰ يعتبر فيها العلم والقدرة والتعيُّن، فلم يَجُزْ إجارة العبد الآبِقِ والدار المغصوبة، ولا دارٍ من الدور لا بعينِها، فكذلك مِن وضعها استعقابُ التسلط، والتسليط علىٰ التنجُّزِ من الجانبين، ولذلك لا يجوز تأخير الملك عن العقد بشرط الخيار إلا مقدرًا بثلاثة أيام علىٰ خلاف الحاجة؛ حتىٰ لو شرط أربعًا بالاتفاق لم يجز، وكذلك إذا شرط الخيار في الإجارة أربعة أيام لم يجز وفاقًا؛ لأن وضع المعاوضة المحضة علىٰ استعقاب التسليط والتسلُّط إما علىٰ المعقودِ أو علىٰ قائمٍ مُقامَ المعقودِ/، وحيثُ لا يتصوَّرُ ذلك فهو خارج [٢٠٨/ب] عن القياس، ومهما أضاف إلىٰ الشهر القابل لم يتسلَّطْ علىٰ الدار في الحال بالسكون التسلُّطَ المطلوبَ فيه، فإذا أمكننا أن نكتفي في الخروج عن القياس بوجه واحد، وهو إقامة الدار مقامَ المعقود عليه، فالخروج من الوجه الآخر تحكُّمٌ مَحْضٌ لا وجه له.

❊ **فإن قيل**: هو في الحال مَلَكَ المنفعةَ في السنة القابلة إلا أن ذلك تأجيلٌ فيه.

❁ **قلنا**: لو كان كذلك لجاز شرطُ تعجيل الأجرة، وذلك غير جائز بالاتفاق، وإنما أحدث المنع فيه بعضُ المتأخرين، ثم تراخِي التسلط

= شرح كنز الدقائق، ٥/١٤٨، والبناية شرح الهداية، ١٠/٤٦، وهو قول المالكية والحنابلة. ينظر: التلقين، ص٣٩٨، وبداية المجتهد، ٢/١٧٨، ورؤوس المسائل الخلافية، ٢/٦٢٢، وكشاف القناع، ٤/٦.

بالأجل في المعقود عليه أيضًا علىٰ خلاف وضع المعاملة جُوِّزَ في السلم للحاجة بشرط أن يُجبَرَ فوات هذا الشرط بتسليم رأس المال، وها هناليس يشترط تسليم رأس المال، بل يمتنع شرط تعجيله وتسليمه فكيف يتساويان؟!

❊ فإن قيل: إذا آجَرَ شهرين فالإجارة في حق الشهر الثاني منعقدٌ علىٰ نعت الإضافة؛ كالوصية بثمرة لم توجَدْ بعدُ، وكالقِراضِ يوجب الاستحقاقَ في رِبح لم يوجد، ولكن علىٰ تقدير الإضافة إلىٰ حالة الوجود، فأيُّ فَرقٍ بين أن يتقدمه ذلك الشهر أو لا يتقدمُه.

❁ قلنا: الفرق أن التسلط والانتفاعَ والاشتغال بالاستيفاء إذا كان علىٰ الاتصال كان علىٰ وَفقِ المفاوضات في تنجُّزِ التسليطِ والتسلط؛ فإنَّ التسلط علىٰ الدار نزل منزلة التسلط علىٰ كل المعقود عليه إقامة لسبب المنفعة مُقامَ المنفعة، وأما ها هنا ليس[1] يُسلَّطُ لا علىٰ المعقود ولا علىٰ قائمٍ مُقامَه، فصار كإضافة البيع إلىٰ الثمرة التي ستوجد، وإلي الربح الذي سيوجد، واحتمال ذلك في القِراض والوصية لم يوجب احتمالَه في البيع، فلا يوجد احتماله في الإجارة، فإن الإجارة نوعُ بيع لا يخالفه إلا في إقامة سبب المعقود عليه مُقامَ المعقودِ عليه في حقِّ شرائط العقد وتعجل الأجرة عند الإطلاق والشرط.



(١) كذا في الأصل، والجادة: «فليس» باقتران الفاء في جواب «أما»، وجوَّز ابن مالك وغيره عدم اقتران الفاء به في الشعر وسعة الكلام، وتقدم التعليق تفصيلًا علىٰ هذه المسألة.

❀ **مَسْأَلَة: إذا مات المكري لم تنفسَخِ الإجارةُ**[1] ؛ لأنه لو زوَّج أمته ثم ماتت انفسخ النكاح، فكذا إذا آجَرَها؛ إذ كلُّ واحدٍ عقدٌ لازمٌ يعلِّقُ استحقاقًا بالعين لاستيفاء منفعةٍ.

❊ **فإن قيل**: النكاح وارد علىٰ عينها، والإجارة علىٰ منفعتها.

۞ **قلنا**: الفرق تحكُّم؛ إذ قيل: إنَّ كل واحد وارد علىٰ العين، وقيل: كلُّ واحد واردٌ علىٰ المنفعة، وكيف ما كان فكل واحد يعلِّقُ استحقاقًا بالعين للانتفاع والاستمتاع.

❊ **فإن قيل**: الإجارة تنفسخُ بموتها، ولا ينفسخ النكاح بموتها.

۞ **قلنا**: العقد يرتفع بانعدام محلِّه لا محالةَ، ولا يفارق النكاحُ الإجارةَ فيه إلا مِن حيثُ تقرُّرُ العِوضِ؛ لأن قرار العوض في الإجارة موقوف علىٰ القبض، وفي النكاح لا يقف عليه؛ بل يحصل بالقبض تارةً، وهو الوطء، وبانتهاء العمر أخرىٰ، وهذا لا يوجب افتراقًا فيما نحن فيه.

❊ **فإن قيل**: عقد الإجارة ينعقد بطريق الإضافة إلىٰ وقت وجود المنفعة، وهو في الحال غير موجبٍ ملكَ المنفعة للغير؛ فإنه لا يَملِكُ فكيف

---

(١) الأم، ٢١٠/٣، ونهاية المحتاج إلىٰ شرح المنهاج، ٣١٧/٥، وهو مذهب المالكية والحنابلة: ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ٧٥١/٢، ومنح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٥/٦، الذخيرة، للقرافي، ٤٩٦/٥، وبداية المجتهد، ١٨٦/٢، ومختصر الخرقي، ص٧٩، والمغني، ٤٣/٨، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ١٨٢/٢. ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٤٣/١١، والهداية شرح بداية المبتدي، ٣٥٠/٣، والجوهرة النيرة، ٢٧٣/١، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤١/٨.

[٢٠٩/أ] يُمَلِّكُ؟ ولكنه نُصب سببًا لزوال ملكه إلىٰ المستأجر/ عند مصادقة شرطه، وهو وجود المنفعة علىٰ ملكه؛ أي: علىٰ ملكه في الدار، والتصرفُ المطلَقُ يُنَزَّلُ علىٰ الحياةِ؛ كما إذا قال: إن دخَلْتَ الدارَ فأنت حُرٌّ، ثم مات فدخل: فإنه لا يَعتِقُ؛ لأن نَصْبَ السبب عند الإطلاق منزَّلٌ علىٰ حال دوام مِلكه؛ حيث لولا السببُ يحصلُ له وما بعد الموت كان يحصل لغيره، وهو الوارث لولا السببُ، فكيف يتحوَّل عن الوارث بعقده؛ بخلاف النكاح فإنه سببٌ موجِبٌ للملك في الحال إيجابًا يضاهي ملك الرقبة.

❁ **قلنا**: ما ذكرتموه يمكن تخيُّله في النكاح من غير فرقٍ، ثم لا نبالي به ونقضي بأن السبب الملزم للحق في حقه معتبرٌ في حق وارثه بعد موته، فكذلك هذا، وكذلك لو أعتق العبد المستأجَر حكموا بأنه لا تنفسخ الإجارةُ، وقد زال ملك الرقبة وصارت المنفعة تحدث للعبد.

الجواب الآخر: هو أن الإجارة سبب منجَّزٌ، وليس بمعلَّقٍ، والسبب المنجَّزُ كامل في الحال؛ ولذلك جُوِّزَ تعجيل الأجرة بالشرط، فكيف يمكن اعتباره بالتعليق؟ والتعليق ليس سببًا عندهم في الحال، وإنما يصير سببًا عند وجود الصفة، كيف والتعليق يستدعي الملكَ في الرقبة؟! ولذلك يندفع أثره ببيع العبد، وبيعُ الدار المكراة والعبد المكرَىٰ لا يدفع استحقاقَ المستأجِرِ، وإن تضمن زوال ملك الرقبة؛ لا سيما وعلىٰ أصلهم إجارةُ الغاصب منعقدةٌ ولا ملكَ له في الرقبة، وإجارة المستأجر صحيحة بالإجماع، ولا يملك الرقبة، فلا يعتبر في الإجارة إلا قيامُ سبب استحقاق المنفعة حالةَ العقد، وقد وجد وصار بالعقد في حكم المستوفي بالإضافة إلىٰ حق الورثة، وله أن يصرف المنفعة

عن الورَثةِ بالوصيةِ، فكيف لا يجوز ذلك بالإجارة اللازمة؟!

※ **فإن قيل:** فالبطنُ الأول من أهل الوقف إذا آجَر ثم مات؛ هَلَّا قيل: تبقىٰ الإجارة وتكون المنفعة كالمستوفاة في حياتِه!

۞ **قلنا:** فيه وجهانِ، وإن سلمنا فسببه أنه لا يملك صرف المنفعة عن البطن الثاني بالوصية وهذا يملكه وتصرفُه لازمٌ، فكان ذلك نقلًا في حالة الحياة علىٰ وَفْقِ ما يملكه، والجواب الحقيقي هو أن الإجارة عندنا لا تنعقِدُ علىٰ الإضافةِ؛ بل هي كالنكاح والبيع، وتوجب تمليك المنفعة في الحال وإن لم تكن موجودةً، ولكن لما كان مصيرُها إلىٰ الوجود أُعْطِيَ لها حكم الوجود في إيراد العقد عليها وجَرَيان الملك فيها، وتعجيلِ بدلها، وجواز التصرف بجريان القبضِ في الدار التي هي منبعُها، وتقدير الوجود لِما مصيرُه إلىٰ الوجود من غير سببٍ آخرَ حادثٍ يؤثِّرُ في إحداثه، موافقٌ للعقل والشرع، أما المعقول فهو أن الدار إذا كانت معمورة فالمنفعة موجودة بالقوة والإمكان، ويعتد بها في العرفِ؛ كما يُعتد بالشيء الموجود بالفعل والتحقيق، وأما الشرع فهو أن النطفة في الرحم أُعطي لها حكمُ الحياة لتوريثِه والوصيةِ له مع يقينِ انتفاء الحياة؛ لأنَّ مصيرَها إلىٰ الحياةِ إن اطَّرَدت السلامةُ وسلِمَتِ العاقبةُ، فإن لم يسلم انعَطَفْنا علىٰ الأول ونقضناه، فكذلك هاهنا إن لم تسلَمِ العاقبة بانهدام/ الدار انعطفنا علىٰ التقدير [٢٠٩/ب] وفَسَخْناه، وهو الجواب عن فصل انهدام الدار، وهذا المسلك أَولىٰ من تقدير تراخي حكم العقد عن العقد وانعقاده علىٰ وصف الإضافة؛ إذ لا عهد بمعاوضة محضة تنعقد علىٰ الإضافة، والسلم معاوضة محضةٌ انعقَد علىٰ المعدوم بتنزيل الدين في الذمَّةِ ـ وهو معدودٌ ـ منزلةَ الموجود؛ لأنه

موجود بالقوة والإمكان، إذا كان ذلك الشيءُ موجودًا في الحال إلا أن يكونَ منقطعَ الجِنسِ، فلا يحتمِلُ هذا التقديرُ.



مَسْألَة: المستأجرُ إذا مات قبل مُضيِّ المدةِ: فإنه وارثٌ مُقامَه في استيفاء بقيةِ المدة[1]، وقال أبو حنيفةَ: تنفسِخُ الإجارةُ[2].

فنقولُ: للمستأجر سلطنة لازمةٌ في عَينِ الدار أو منفعتِها، قابلةٌ للنقل بالمعاوضة، فتقبلُ النقل بالإرث كسائر الأعيان[3].

---

(١) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٩٩/٨، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٢٤٥/٥، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص٢٩٦، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٤٣١/٢، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ٧٤٦/٢، والتلقين، ص٣٩٨، وبداية المجتهد، ١٨٦/٢، وعقد الجواهر الثمينة، ٩٤١/٣، واختلاف الأئمة العلماء، ٣٢/٢، والمغني، ٤٣١/٥.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٤٣/١١، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٤٤/٥، والبناية شرح الهداية، ٣٤٤/١٠.

(٣) واستدلال المصنف ﷺ هنا فيه نظر؛ لأنه استدلال بمحل النزاع، وهو باطل بالاتفاق، وبيان ذلك، أن الحنفية إنما فسخوا عقد الإجارة بموت المستأجر لأن المنافع عندهم لا تورث، إذ لا تثبت فيها صفة المالية، لأن المنافع أعراض كما تخرج من حيز العدم إلىٰ حيز الوجود تتلاشىٰ، فلا يتصور فيها التمول؛ ولهذا لا يتقوم في حق الغرماء والورثة؛ حتىٰ إن المريض إذا أعان إنسانًا بيديه أو أعاره شيئًا فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث، وهذا لأن المتقوم لا يسبق الوجود، فإن المعدوم لا يوصف بأنه متقوم إذ المعدوم ليس بشيء، وبعد الوجود التقوم لا يسبق الإحراز، والإحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقىٰ وقتين فلا تكون متقومة، وهذا تقرير أصلهم في المسألة، ولذلك كان علىٰ المصنف إبطالُ هذا الأصل أولًا لا الاستدلالُ به عليهم؛ إذ هم يمنعوه أصلًا، وقد تطرق المصنف لذلك في إيراده التالي، لكنه ورد علىٰ فرع الأصل لا الأصل نفسه،=

❊ فإن قيل: ما مضىٰ في المنفعة لم يبقَ حتىٰ يورثَ، وما سيوجد ليس موجودًا حتىٰ يكون تركةً فيورثَ منه، فإنه لم يملِكْها بعدُ، فكيف يُتصور نَقْلُها بالإرث؟!

۞ قلنا: كيف يُتصوَّرُ نقلُها بالمعاوضة؟ فإنَّ المستأجر يؤاجر وينتقل الملكُ إليه في الأجرة لانتقال الملك منه في المنفعة، فإذا قُدِّرت المنفعةُ موجودةً في حق النقل بالعوض؛ إذ أقيمت الدارُ مُقامَ عين المنفقِ فيه، فوارِثُه قائمٌ مُقامَه في جميع تلك التقديرات؛ وهذا الدليل جارٍ في الموصىٰ له بالمنفعة إذا مات، فإنه يقوم وارثه مقامه عندنا، وفيه احتراز عن الإعارة؛ فإنها جائزة لا تُسَلِّطُ علىٰ النقل أصلًا فتنفسخ بالموت[1].

= وسيأتي التعليقُ عليه.

وأصل الحنفية في المسألة قياسه ولازمه بطلان عقد الإجارة من أصله؛ لأن عدم مالية المنفعة ـ علىٰ أصلهم ـ يلزم منه بطلان عقد الإجارة، لأن الأجرة تكون في مقابل هذه المنفعة، وقد قال به بعض مشايخ الحنفية بالفعل كما نقله السرخسي وغيره. ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١١/٧٩، ١٥/٧٥.

(١) هنا أورد المصنف علىٰ الحنفية أن الأجرة تكون في مقابلة المنفعة، فالمستأجر يستحق الأجرة مقابل المنفعة التي تقدر موجودة ويستحق الأجر عليها، فكذا في العين المؤجرة إذا مات المستأجر تقدر موجودة ويرث منفعتها ورثة المستأجر حين موته، والحقيقة أن هذا الفرع غير لازم علىٰ مذهب الحنفية؛ لأن محل الأجرة عندهم عند استيفاء المنفعة، ولا يكون إلا بنهاية العقد، فلا يقدرون وجودها، بل يشترطون تحققها بالفعل لاستحقاق الأجر، وقد تقدم بيان الخلاف بين الشافعية والحنفية في محل استحقاق الأجرة، والحنفية لا يوجبون تعجيلها إلا إذا شرط الأجير ووافق المستأجر، لأنه يكون مسقطًا لحقه برضاه. ينظر: تحفة الفقهاء، ٢/٣٤٨، وبدائع الصنائع، ٤/٢٠١، والهداية شرح بداية المبتدي، ٣/٢٣١.

وهنا نكتة أخرىٰ: وهي أن ما ذكره المصنف وإن كان غير لازم للحنفية إلىٰ حد كبير،=

❊ **فإن قيل:** عقدُ الإجارة انعقد علىٰ الإضافة، وإنما يوجب الملك في المنفعة عند الوجود، وهذه المنفعة وُجِدت بعد موته، وملكُه غير ممكن والسبب المعقود له لا ينعقد سببًا في حقِّ غيرِه.

۞ **قلنا:** قد أبطَلْنا مسلك الإضافة، ولا حاجة الآن إلىٰ إبطالِه، فإنا نقول: ليحصل الملك بالسببِ السابق بعد موتِه له والوارِثُ يستوفيه بطريق التلقِّي لا بطريق انتقال السبب إليه؛ كما لو نصب شبكةً في مدارج الصُيود فتعَقَّل بها صيدٌ بعد الموتِ لم يكُنْ ذلك الصيدُ موجودًا في حياته يملِكُه الورثةُ بطريق التلقي منه، يُقضىٰ منه ديونه وينفَّذُ وصاياه، وعقد الإجارة في كونه سببًا جالبًا للملك في المنفعة أقوىٰ مِن نَصْب الشبكة، فإذا لم يبطُلْ كونُه سببًا في حقِّه بموته، فَلِمَ تبطُلُ الإجارةُ مع لزومِها.

❊ **فإن قيل:** لو أوصىٰ لإنسان بعين دارٍ ولآخر بمنفعتِه، فَرَدَّ الموصىٰ له بالمنفعة الوصيةَ، كانت المنفعة للموصىٰ له بالرقبة لا للوارث، ولو تصوَّرَ إجراءُ الإرث في المنفعة لكان للوارثِ.

۞ **قلنا:** لا نُسلِّمُ فهو للوارث.

= فإن مذهب الحنفية أيضًا غير لازم للشافعية من جهة استحقاق الأجير للأجرة بنفس العقد عند الشافعية، فالشافعية كما تقدم من مذهبهم يوجبون الأجرة بنفس العقد، وهذا مسوغ لتوريث المنفعة التي قدر وجودها مع أول العقد وصارت متمولة بهذا التقدير؛ بخلاف المالكية علىٰ سبيل المثال؛ فعندهم الأجرة تستحق جزءًا فجزءًا للأجير بقدر ما يقبض المؤجر من المنفعة، فيلنزمون المنع من توريثها بخلاف الشافعية، وهذا يؤيد أن مدراك النظر والبحث في هذه المسألة يجب أن تتعلق في الأصل بتقويم المنفعة وجواز تقدير وجودها، ومن ثم قطع النزاع في فروع هذا الباب، وهي كثيرة، والله أعلم.

مَسْأَلَة: الأجيرُ المشترك(١) لا يضمَنُ مهما اقتصَد في عملِه(٢)؛

(١) أجير الواحد من يكون العقد واردًا علىٰ منافعه، ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة، أو بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين، فإن صارت مستحقة بعقد المعاوضة لا يتمكن من إيجابها لغيره، والأجير المشترك من يكون عقده واردًا علىٰ عمل هو معلوم ببيان محله؛ لأن المعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله، فلا يحتاج إلىٰ ذكر المدة، ولا يمتنع عليه بعمل مثل ذلك العمل من غيره؛ لأن ما استحقه الأول في حكم الدين في ذمته، هذا عند الحنفية، وقال الماوردي: «والصناع ضربان: منفرد ومشترك وحكمهما يختلف. ويقول الشافعي: إن الأُجراء كلهم سواء؛ يعني به الأجير المشترك مع اختلاف صنائعهم. فأما الأجير المنفرد فهو الذي يكون عمله في يدِ مستأجره، كرجل دعا صانعًا إلىٰ منزله ليصوغ له حليًّا أو يخيط له ثوبًا أو يخبز له خبزًا، أو يبيطر له فرسًا، أو يختن له عبدًا، فينفرد الأجير بعمله في منزل المستأجر، فهذا أجير منفرد سواء حضر المستأجر عمله أو لم يحضر، وهكذا لو حمل المستأجر ثوبه إلىٰ دكان الأجير ليخيطه أو حمل إليه حليَّه ليصوغه وهو حاضر ويده علىٰ ماله، فهذا أجير منفرد، وسواء كان في دكانه عمل لغيره أو لم يكن، فهذان النوعان علىٰ سواء في حكم الأجير المنفرد، وأما الأجير المشترك فهو الذي يكون عمله في يد نفسه لمستأجره مع عمله لمستأجر آخر، كالقصابين والخياطين في حوانيتهم، فأما الأجير الذي يكون عمله في يد نفسه منفردًا لمستأجر واحد لا يشركه بغيره كصانع أو خياط يعمل في دكانه لرجل واحد، ولا يعمل لغيره ومستأجره غائب عن عمله: فقد اختلف أصحابنا هل يكون حكمه حكم الأجير المنفرد أو حكم الأجير المشترك؟ فحكي عن أبي إسحاق المروزي وهو مذهب البصريين: أنه في حكم الأجير المنفرد لاختصاصه بمستأجر واحد، وقال أبو علي بن أبي هريرة وهو مذهب البغداديين: إنه في حكم الأجير المشترك لاختصاصه باليد والتصرف دون المستأجر». ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٥/٨٠، والحاوي الكبير، ٧/٤٢٥.

(٢) ينظر: الأم، ٥/٧٣، والحاوي الكبير، ٧/٤٢٦، والمهذب، للشيرازي، ٢/٢٦٧، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٧/١٥٨، ومغني المحتاج، ٢/٣٥٢، وهو قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية، ورواية عن أحمد بن حنبل. ينظر: تحفة الفقهاء، ٢/٣٥٢، والهداية، للكلوذاني، ص٢٩٦.

خلافًا له(١).

فنقول: أتىٰ بما هو مأذونٌ فيه، فلا يلزمه ضمانُ ما تولَّد منه كالأجير المنفرد.

❊ **فإن قيل:** إذا استأجره علىٰ قصارة ثوب فمزَّقه إن كان الثوبُ لا يحتمِلُ إلا قصارةً ممزِّقة فلا ضمانَ اتفاقًا، وإن كان يحتمل قصارةً لا تُمزِّقُ ويتيسَّر تحصيلُها، فعدل إلىٰ الممزِّق فهو مُفَرِّطٌ ضامنٌ بالاتفاق، وإنما محل

---

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٨٠/١٥، وتحفة الفقهاء، ٣٥٢/٢، ولهم تفصيل فيه، فهم يقسمون الأجير المشترك إلىٰ من له حق الإمساك حتىٰ يقبض الأجر، ومن ليس له حق الإمساك، فأمَّا الذي له حق الإمساك فهو الذي يكون عمله قائمًا في ملك كخياط يخيط الثوب، أو أثر عمله قائمًا في ماله كنسَّاج ينسج الثوب، أو أثر عمله قائمًا في عمله كصبَّاغ وأمثالهم، وأمَّا الذي ليس له حق الإمساك فهو الذي لا يكون عمله قائمًا في ملك، ولا أثر عمله قائمًا في ماله، ولا أثر عمله قائمًا في عمله، وهو مثل المكاري والحمَّال، من له حق إمساك العين لأخذ أجرته كالصباغ والخياط والنسَّاج والقصَّار وأمثالهم، إذا أمسكها بعد طلب صاحبها لأجل الأجر وهلكت لا أجر له، ولا ضمان عليه إذا كان الأجر حالًّا، أمَّا إذا كان الأجر مؤجلًا فلا يملك حبسها؛ لأن التسليم ليس بواجب علىٰ المستأجر، كما لو باع شيئًا بثمن مؤجل، ليس للبائع الحبس إن خاطه أو صبغه في بيته أو دكَّانه، أمَّا إذا خاطه أو صبغه في بيت المستأجر فليس له حق الحبس؛ لأن المتاع وقع مسلَّمًا إلىٰ المالك؛ لكون المحل في يده وإن حبسها وهلكت فهو ضامن. ينظر: بدائع الصنائع، ٢١٠/٤، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٤٤/٣، والاختيار لتعليل المختار، ٥٣/٢، والبناية شرح الهداية، ٣١٢/١٠، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٨٣/٧، والقول بالعدم تضمين الأجير المشترك هو القول الآخر عند الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد بن حنبل، وهو المعتمد من مذهبه، ينظر: الحاوي الكبير، ٤٢٦/٧، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥٧/٨، وشرح الزركشي علىٰ مخاصر الخرقي، ١٨٦/٢، والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٧٢/٦، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٢٧١/٢.

الخلاف إذا كان الثوبُ يحتمل القصارةَ المزيِّنَةَ والممزِّقة، ولكن لا يُعَدُّ حصولُ التمزيق تفريطًا/، ولكن إن لم يحصل حُمِلَ ذلك علىٰ حِذْقِهِ ومساعدة [٢١٠/أ] الاتفاق له لا علىٰ محض الحذاقة، ويُحمل التمزُّق علىٰ سوء الاتفاق لا علىٰ محض التفريط، فهذا محل النزاع، وهو أن يقول أهلُ الصنعة يحتمل أن يُفْضِيَ الدقُّ الملتَمَسُ فيه إلىٰ التمزيق، ويحتمِلُ أن يَسْلم عنه فالمعقود عليه علىٰ الإطلاقِ هو الدقُّ السليم المصلِحُ دون المفسد؛ كما أن العقد مطلقًا إذا أضيف إلىٰ الحنطة في الذمة نُزِّل علىٰ غير المعيبةِ؛ بخلاف ما إذا وقعَتِ الإشارة إلىٰ الحنطة، فإنه يتناول المشارَ إليه معيبًا كان أو سليمًا، وهو مثالُ الأجير المعيَّن المنفرد إذا عيَّن عملَه للقصارةِ، وقد لا يتَّسِعُ صنعةُ يده إلا لمثل تِيكَ القصارةِ، وإذا لم يعيِّنْ ففي الحُذَّاق من يتَّسِعُ صنعة يده للدقِّ المصلح.

۞ قلنا: كيف ما رُدِّد الأمر بطَل بالأجير المنفردِ، فلا نَزيدهم علىٰ النقص، فإنَّ الدق من مثله قد يَسْلم وقد لا يَسْلَمُ، والعقد مطلقٌ، فَلِمَ لا يُخصص بما يَسْلم؟ ولكن قيل: ما يسلم عاقبتُه ليس يندرج تحت الاختيار والاقتدار بكلِّ حالٍ، فيعسُرُ الوفاء به، ولا تصحُّ الإجارةُ إلا علىٰ عملٍ يسهُلُ تسليمُه، فكان العملُ معقودًا عليه باعتبار كونِه دقًّا لا تفريطَ فيه؛ لا باعتبارِ كونِه دقًّا سليمَ العاقبةِ، فكذلك لا يجِبُ علىٰ الأجير المشترك إلا تسليمُ دَقٍّ لا تفريطَ فيه، وإلا فما عداه فغيرُ مندرج تحت الاختيار علىٰ يُسْرٍ؛ فإنِ اندرج تحت الاختيار فترَكَه قصدًا، فلا خلاف أنه يضمَنُ، وبهذا يفارِقُ التعزيرَ، فإن المأذونَ له ضَرْبٌ لا يَسْري، فإن كان فيه نوعٌ من العُسر فليكُنْ فيه فهو فيه علىٰ غَرَرٍ، والإجارة علىٰ الغرر غيرُ جائزٍ؛ بل يجوز علىٰ

ما يوثق بالقدرة علىٰ تسليمِه كما عُقِدَ عليه؛ لا علىٰ ما يُعَوَّلُ في تسليمه علىٰ الاتفاق، ثم ينتقض ما ذكروه بالفَصْدِ والحجامة، فإنه طلبٌ للإصلاح، ثم إذا صار قتلًا لا ضَمانَ.

❊ فإن قالوا: لأنه لا يمكِنُ أن يقالَ له: اجْرَحْ جَرحًا لا يَسْري، ولا مدخَل للاختيار في السِّرايةِ؛ بطل عليهم بسِراية القَصاصِ؛ فإنها مضمونة عندهم، فسيقولون: التسليط علىٰ استيفاء القَصاص مع الغرر ليس ببعيدٍ، فأما عقد الإجارة علىٰ الوصف الذي يتطرَّقُ الغرر إلىٰ تسليمه لا يُمْكِنُ، فانعقدَتِ الإجارةُ عليه باعتبار كونِه جرحًا لا باعتبار كونِه إصلاحًا، فإن فيه غررًا لا يرتبط بمَحْضِ القدرةِ؛ فكذلك القصارةُ.

❊ فإن قيل: سلَّمنا أنه معقودٌ عليه باعتبار كونِه دَقًّا لا بخصوص وصفِه، ولكنَّ خصوصَ وصف التمزيق تولَّد من الدق المضمونِ، والمتولِّدُ من المضمون مضمونٌ، ومعنىٰ كونه مضمونًا أن الأجرةَ تستقرُّ بالعمل في الأجير المشترك؛ بخلاف المنفردِ، فإنه قد تستقر الأجرة فيه بتسليمه نفسَه من غير عملٍ، وهذا باطلٌ بالحَجَّامِ والفَصَّادِ؛ فإنهم سوَّوْ بين المنفرد والمشترك، كيف وفِعْلُ المنفرد أيضًا مضمونٌ؟ واستقرارُ الأجرة بعملِه، ولكنْ أُقيم التمكُّنُ مُقامَ الاستيفاء في تقدير العِوَضِ؛ كما في المعاوضاتِ، فهذا لا يُخرِجُه عن كونه مضمونًا في نفسه؛ علىٰ أنَّ ضَمانَ المقابلة بالمعاقدة لا يوجِبُ ضمانَ الغرامة ولا يناسِبُه.

❁ **مَسْأَلَة: المسلِمُ إذا أحيا أرضًا مَيْتَةً[1] دونِ إذْنِ الإمام يملكُه[2]؛**

---

(١) الموات من الأرض هي التي لم تستخرج ولم تعمر، وقال أبو حنيفة: الموات ما بعُد من العامر، ولم يبلغه الماء، وقال أبو يوسف: الموات كل أرض إذا وقف على أدناها من العامر منادٍ بأعلى صوته لم يسمع أقرب الناس إليها في العامر. والمعنى متقارب في الجميع؛ إذ المراد الأرض التي لا عمارة فيها وليست ملكًا لأحد.

قال مالك: وإحياؤها شق العيون وحفر الآبار وغرس الشجر وبناء البنيان والحرث، إذا فعل شيئًا من ذلك فقد أحياها. وقال الشافعي: والإحياء ما عرفه الناس إحياءً لمثل المحيا، إن كان مسكنًا فبأن يبنى بمثل ما يكون مِثْلُه بناءً، وإن كان للدواب فبأن يبني محظرة، وأقل عمارة الزرع التي تملك بها الأرض أن يجمع ترابًا يحيط بها تتبيَّنُ به الأرض من غيرها، ويجمع حرثها وزرعها وإن كان له عين ماء أو بئر حفرها أو ساقه من نهر إليها فقد أحياها.

والأراضي عند الشافعية تنقسم إلى أراضي بلاد الإسلام وإلى أراضي بلاد الكفر، فأما أراضي بلاد الإسلام تنقسم إلى عامر غير عامر، فالعامر لأهله، وكذلك حقوق الأراضي، أما العامر، فقسمان، قسمٌ لم يجرِ عليه ملكٌ في الجاهلية والإسلام، وهو المَوَات الذي يُملك بالإحياء، وقسم جرى عليه ملكٌ، وذلك ينقسم: قسمٌ جرى عليه ملك، ثم درست العمارة، فهو ملكٌ لمالكه، والأملاك لا تزول بزوال العمارات.

فإن كان مالكه متعيِّنًا فله، وإن تطاول الزمن، وأشكل المالك في فترات وانجلى لأهل النواحي، فهو ملك لمسلم غير متعين، والأمر فيه مفوَّض إلى رأي الإمام، فإن رأى أن يحفظه ليتبيَّن مالكه، أو وارثُه، فَعَلَ، وإن رأى أن يبيعه، ويحفظ ثمنه على مالكه، فيفعل من ذلك ما يرى النظر فيه، ثم إن أراد أن يستقرض ذلك على بيت المال، فله ذلك. ينظر: المدونة، ٤٧٣/٤، والأم، ٧٧/٥، والحاوي الكبير، ٤٨٦/٧، والحكام السلطانية، للماوردي، ص٣٦٤، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٢٨١/٨.

(٢) ينظر: الأم، ٣٦٣/٨، وفيه: «إذا لم يكن للموات مالك فمن أحيا من أهل الإسلام فهو له دون غيره ولا أبالي أعطاه إياه السلطان أو لم يعطه»، والمهذب، للشيرازي، ٢٩٣/٢، والوسيط، ٢٢٦/٤، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص٣٠٠، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٠٢/٦، وهو قول الإمام مالك ﷺ، ففي المدونة، ٤٧٣/٤:=

خلافًا له[1] والمعتمد قولُه ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»[2]، جعَل

= «أرأيت من أحيا أرضا ميتة بغير أمر الإمام، أتكون له أم لا تكون له حتىٰ يأذن له الإمام في قول مالك؟ قال: قال مالك: إذا أحياها فهي له وإن لم يستأذن الإمام»، والمالكية يفصِّلون فيه، فحكم إحياء الموات عندهم يختلف باختلاف مواضعه، وهي علىٰ ثلاثة أوجه بعيد من العمران وقريب منه، لا ضرر علىٰ أحد في إحيائه، وقريب منه في إحيائه ضرر علىٰ من يختص بالانتفاع به.

فأما البعيد من العمران فلا يحتاج في إحيائه إلىٰ استئذان الإمام إلا علىٰ طريق الاستحباب علىٰ ما حكىٰ ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وأما القريب منه الذي لا ضرر في إحيائه علىٰ أحد فلا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام علىٰ المشهور في المذهب، وقيل: إن استئذان الإمام في ذلك مستحبٌّ، وليس بواجبٍ، واختلف إن وقع بإذنه علىٰ القول بأنه لا يجوز إلا بإذنه قيل: يمضي مراعاةً للخلاف؛ وهو قول المغيرة وأصبغ وأشهب، وقيل: إنه يخرج منه ويكون له قيمة بنيانه منقوضًا، وهو القياس، ولو قيل: إنه يكون له قيمته قائما للشبهة في ذلك لكان له وجه.

وأما القريب منه الذي في إحيائه ضرر كالأفنية التي يكون أخذ شيء منها ضررًا بالطريق وشبه ذلك؛ فلا يجوز إحياؤه بحالٍ، ولا يبيحه الإمام، وهذا القول هو مذهب الحنابلة أيضًا، استثنَوا من الأراضي ما أحياه المسلم في بلاد الكفار التي صولحوا عليها، وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه، وقال بهذا المذهب أيضًا ابن حزم الظاهري. ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ٩٤٨/٢، والذخيرة، للقرافي، ١٥٦/٦، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل، ١١/٦، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ١٩٣/٢، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٥٧/٦، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٣٦٢/٢.، والمحلىٰ بالأثار، ٢٣٥/٨.

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٦/٣، وبدائع الصنائع، ١٩٤/٦، والهداية شرح بداية المبتدي، ١٥٧/٢، والاختيار لتعليل المختار، ٦٧/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣٥/٦، وهو قول عبد الملك بن الماجشون من المالكية. ينظر: الذخيرة، للقرافي، ١٥٦/٦.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب: القضاء في عمارة الموات، رقم ٢٦، ومن طريقه الشافعي في مسنده، ص٢٢٦، عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلًا، وأخرجه أبو داود في السنن، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب: في إحياء الموات،=

الإحياء سببًا، ورتب الملك عليه بفاءِ التعقيب، فاقتضي كونَه سببًا للمِلك.

❊ فإن قيل: الذمِّيُّ إذا أحيا أرضًا لم يملكْ، وقد وجد السبب.

❁ قلنا: خَصَّصْنا الحديثَ بحديثٍ آخرَ، وهو قوله ﷺ: «**مَوَتَانُ الْأَرْضِ للهِ وَلِرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي أَيُّهَا الْمُسْلِمُونَ خَاصَّةً**»[1]، وهذا صريحٌ في التخصيص، ولو لم يَرِدْ قولُه «**خَاصَّةً**» لكان خطابُه مع المسلمين

= رقم ٣٠٧٣، والترمذي في السنن، أبواب الأحكام، باب: ما ذكر في حكم إحياء الأرض الموات، رقم ١٣٧٨، عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد ﷺ متصلًا، وقال الترمذي: «حديث حسن غريب»، وصححه ابن الملقن. ينظر: البدر المنير، ٧٦٦/٦.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢١٢٦) باب: لا يترك ذمي يحييه لأن رسول الله ﷺ جعله لمن أحياها من المسلمين؛ من حديث قبيصة، عن سفيان، عن ابن طاووس، عن النبي ﷺ قال: «**مَنْ أَحْيا شيئًا مِنْ مَوتانِ الْأَرْضِ فَلَهُ رَقَبَتُهَا، وَعَادِيُّ الْأَرْضِ للهِ وَلِرَسُولِهِ، ثُمَّ لَكُمْ مِنْ بَعْدِي**»، وقال البيهقي: ورواه هشام بن حجير عن طاوس فقال: «**ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي**»، ثم أخرجه من حديث: محمد بن فضيل، عن ليث، عن طاوس قال: قال رسول الله ﷺ: «**عَادِيُّ الْأَرْضِ للهِ وَلِرَسُولِه، ثُمَّ لَكُمْ مِنْ بَعْدُ، فَمَنْ أَحْيَا شَيْئًا مِنَ مَوَاتِ الْأَرْضِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ**» وليث هذا هو ابن أبي سليم، وهو ثقة؛ إلا أنه مدلس، ورواه باللفظ الثاني البيهقي أيضا من حديث: كريب، ثنا معاوية، حدثنا سفيان، عن ابن طاوس، عن أبيه، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَوَتَانُ الْأَرْضِ للهِ وَلِرَسُولِهِ، فَمَنْ أَحْيَا مِنْهَا شَيْئًا فَهُوَ لَهُ**». ثم قال: تفرد به معاوية بن هشام مرفوعا متصلا، قال ابن الملقن: وهو صدوق ثقة، من رجال مسلم، وغلط ابن الجوزي فذكره في «ضعفائه» وقال: روىٰ ما ليس من سماعه؛ فتركوه. لا جرم، لما ذكره الذهبي في «المغني» قال: إنه ثقة، غلط من تكلم فيه. فأشار بذلك إلىٰ مقالة ابن الجوزي هذه فيه. وقول الرافعي في هذه الرواية: «ثم هي لكم مني أيها المسلمون» تبع في إيرادها كذلك البغوي والإمام. ينظر: البدر المنير، ٥٤/٧ ـ ٥٦. وقال ابن حجر في التلخيص الحبير، ١٤٩/٣: قوله في آخره «**أيها المسلمون**» مُدْرجٌ ليس هو في شيء من طرقه.

كافيًا، فإنه إذا أضاف المِلْكَ إلىٰ اللهِ وإلىٰ نفسه، ثم قال: هي لكم منِّي أيها المسلمون؛ في معرِضِ الامتنان كان هبةً منه وتخصيصًا، ولكن لم يكُنِ المعنىٰ التمليكَ علىٰ الشركة؛ إذ لا مِلْكَ فيه لأحدٍ، إنما المعنىٰ تمليكُ الإحياءِ، فليختصَّ بالقدرة علىٰ الإحياءِ المسلمون ليظهَرَ الامتنانُ.

❊ **فإن قيل**: إن جاز لكم تخصيصُ العمومِ بمفهومِ حديثٍ آخَرَ، جاز لنا ذلك بعمومِ قولِه ﷺ: «**لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ**»؛ فالنفيُ عن الذمي مفهومُ الخطاب في التخصيص بالمسلمين، والربطُ برأي الإمام مُقتضىٰ المنظومِ وعمومِه.

۞ **قلنا**: نحن قد عمِلْنا بعمومه؛ إذ قد طابت بإحياء المسلمين نفسُ إمام الأئمة وأذن فيه لكافَّة الخَلْقِ، وإذْنُهُ شُرْعٌ لا ينفسخ بوفاته، ولا يختصُّ بأهل عصره، واقتضىٰ جوازَ الإحياء في عُمُرِه لكلِّ أحدٍ من غير مراجعةٍ جديدةٍ، وبقِيَ بعده.

ثم نقول: اجتمعَتِ الأُمَّةُ علىٰ أن للمرءِ ما باشَرَ فيه سببَ التملُّكِ من منكوحته وسُرِّيَّته وعبدِه ودارِه، وما اكتسبه بتجارتِه واحتطابِه واقتناصِه واغتنامه وسائرِ أسبابِه، فبالإجماعِ عُلِمَ أنَّ المرادَ به ما تعلَّقَ بالأئمة من مالِ بيت المال، وارتبط برأيِهم من الولاياتِ دونَ التوصُّلِ إلىٰ الأملاك بمباشرة الأسباب.

❊ **فإن قيل**: فالموات في معنىٰ مال بيت المال؛ فإنه مال مخصوص بالمسلمين بنوعِ اختصاصٍ عامٍّ؛ يعيِّنُ الإمامُ للتخصيص به مَن يريدُ «هذا

مالُ بيتِ المالِ ومَوَاتُ دارِ الإسلامِ» وهذا وصْفُه، وهو منوطٌ أيضًا برأي الإمام، فإنه يُقْطِعُ فيُتَّبَعُ إقطاعُه، وليس له أن يُقْطِعَ نَفْسَه ما لم تَطِبْ به نفسُ إمامِه، ولا يَرِدُ علىٰ هذا أجزاءُ الأرضِ من المعادن والتراب والحشيش؛ فإن اختصاص المسلمين هو الذي أوجب مَنْعَ أهل الذمَّةِ عندكم، ثم لم يمنَعْهم من الأجزاء، فكيف يُمْنَعُ المسلمون عنه؟ وهذا لأن الأجزاءَ مخالِفٌ للرِّقاب في الثبوت والنقل الذي به تأصَّلَ العقارُ، وتميُّزُه عن سائر الأموال، فضاهىٰ تميُّزَ الطعامِ عن الغنيمة؛ حيث جازت المباسطة فيه، ولم يدُلَّ ذلك علىٰ انقطاع الاختصاص عن أصل الغنيمة مع مشاركة الطعام سائرَ السلعِ في كونه منقولًا لمَّا خالفه في كونه مطعومًا محتاجًا إليه، وبه يفارقُ جوازَ الاغتنام؛ لأن ما في أيدي الكفار لم يثبُتْ للمسلمين به اختصاصٌ حتىٰ يلحقَ بمال بيت المال بسببِها، نعم لو وقع في أيدي الغانمين وثبت به اختصاصُ الخُمُس للمسلمين والباقي للغانمين، فرأْيُ الإمام يُتَّبَعُ فيما يرجِعُ إلىٰ المسلمين.

الجوابُ: إنَّ تعلق الإقطاع بالإمام منقوضٌ بالحشيش والكلأ، فللإمام فيه الحِمىٰ إذا أراد ثم لا يقف الاحتشاش علىٰ رأيه، ويبطُلُ بمقاعد الأسواق، فإن إشارته تتَّبع، ثم لا يُفتقَرُ في الابتداء إلىٰ إذنِه، وهذا لأنه لو أقطع فأحيا غيرُه لم يملكْهُ المقطَعُ، فلم يكن ذلك من قبيل ارتباط الولايات به، فإنه يُتَّبع فيه تفويضٌ ولا ينفذ خلافه، وأما مالُ بيت المال فهو ملكٌ، وليس بمباحٍ، ولذلك لا يجوز صرفُه إلىٰ غيره من غير حاجةٍ، ويجوز له أن يأذن في الإحياء مَن شاء كيف شاء، فكان بالأموال التي في أيدي الكفار أشبَهَ، كيف ولو قال ﷺ: مَن أخذ مالَ بيت المال واحتوىٰ عليه مَلَكَه. لكُنَّا

نُمَلِّكُ من يأخذ من غير إذن المالك؛ علىٰ أنه لو كان لبيت المال عقارٌ فقال الإمامُ: من بناه مَلَكَه؛ لم يحِلَّ ذلك، ولم يملِكْ، وله أن يُعيِّنَ بُقعة من المَواتِ ويقولُ: من أحيا هذا مَلَكَه؛ دلَّ أنه لا مِلْكَ في الموات، وما ذكروه من اختصاص المسلمين علىٰ العموم علىٰ أصلِهم لا يستقيمُ؛ بدليل أنَّ الذميَّ كالمسلم عندهم، ونحن وإن منعنا الذميَّ فلَسْنا نقولُ: للمسلمين به اختصاصٌ يُضاهي اختصاصَ الشركاء في الملك، ولكِنَّ الشرعَ منَع الكفار من نَصْبِ هذا السبب كما منعهم من نَصْبِ سببِ الحِلِّ في المسلمة، ثم لا يُعبَّرُ عن تسليط المسلمين عليها ومَنْعِ الكفار منها باختصاصٍ ثابتٍ للمسلمين فيها يُضاهي اختصاصَ المُلَّاكِ؛ حتىٰ يكون مبادرة شخص معيَّنٍ إلىٰ مباشرةِ سببِ الحِلِّ فيه؛ يفتقِرُ إلىٰ رأي الإمام، وكذلك سبب استحقاق الصدقات من الفقر والمسكنةِ والغُرْمِ وغيرها خرج عن كونِها سببًا في حق الكفار، فذلك لا يوجِبُ اختصاصًا للمسلمين عامًّا حتىٰ يُفتقر في أجزاء الملك فيه بالتسليم إلىٰ الفقير وتعيينِه للقبض إلىٰ رأي الإمامِ[1].

(١) وقد رد البعض الخلاف بين الحنفية والشافعية في هذه المسألة إلىٰ قاعدة هي: أنه ﷺ له أن يتصرف بطريق الإمامة؛ لأنه الإمام الأعظم، وبطريق القضاء؛ لأنه القاضي الأحكم، وبطريق الفُتيا؛ لأنه المفتي الأعلم، وبناء علىٰ ذلك فإن قوله ﷺ ـ الذي عليه مدار المسألة ـ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ لَهُ» متردد بين هذه الأمور الثلاثة، هل هو فُتيا أو قضاء؛ فيلزم أنه من أحيا أرضا مواتًا تكون له بغير إذن الإمام، وهو مذهب مالك والشافعي، أو كونه تصرفًا منه بالإمامة فلا يجوز لأحد أن يحيي إلا بإذن الإمام، وهو مذهب أبي حنيفة، والذي يظهر أن تصرفه كان بطريق القضاء؛ إذ الأصل في تصرفاته ﷺ هو التبليغُ والوحي والقضاء، وغيره نادر، والأصل الحمل علىٰ الغالب، ولهذه القاعدة فروع كثيرة تنظر في كتب القواعد. ينظر: الذخيرة، للقرافي، ٦/١٥٨، وتهذيب الفروق، ١/٢٠٧.

❁ **مَسْأَلَةٌ: الوقفُ تصرُّفٌ صحيحٌ يلزم بنفسه، ويوجب احتباسَ الموقوف عن البيع وأسباب الإزالة**[1]، وقال أبو حنيفة: لا يلزم إلا إذا أضافه إلىٰ ما بعد الموت، أو قضىٰ القاضي بلزومه وتنفيذِه[2]، **والمعتمدُ:** ما روي أن عمر قال لرسول الله ﷺ: إني أَصَبْتُ مالًا من خيبرَ لم أُصِبْ أَنْفَسَ منها، فماذا تأمرني فيها؟ فقال ﷺ: «**حَبِّسِ الْأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ**»[3]،

---

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ٥٧/٨، وجواهر العقود، ٢٤٩/١، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٤٥٧/٢، وهو قول عامة العلماء. ينظر: التلقين، ص ٥٤٨، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل، ١٨/٦، والفروع، ٣٢٩/٧، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣/٧، والمحلىٰ بالآثار، ١٧٥/٩.

(٢) والوقف عند أبي حنيفة لا يصح أصلًا، وسيأتي بيان ذلك، وتقرير المصنف له، وهو في المذهب يصح قبل الوفاة، ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة، ولا يتعلق به زوال ملك الأصل إلا بقضاء الحاكم، أو إضافته إلىٰ ما بعد الموت، بأن قال: إذا مت فقد جعلت داري أو أرضي وَقْفًا علىٰ كذا، أو قال: هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي، وقال السغدي: «فالذي بعد الوفاة فهو جائز وهو من ثلث المال وهو وصية بلا خلاف، وأما الذي قبل الوفاة فهو من جميع المال، وهو أيضًا جائز في قول ابي يوسف ومحمد وأبي عبد الله وابن شبرمة والأوزاعي وابن أبي ليلىٰ والحسن بن صالح، وفي قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد: لا يجوز إلا من الطبقة الأولىٰ، ومحمد والأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلىٰ قالوا: الوقف جائز قبل الوفاة إذا أخرجه من يده، فاقبضه قيما وإلا لم يجز»، والمذهب الذي ذكرته أولًا، ويأتي تقرير قول أبي حنيفة. ينظر: النتف في الفتاوىٰ، ٥٣٢/١، وبدائع الصنائع، ٢١٨/٦، والهداية في شرح بداية المبتدي، ١٥/٣، والاختيار لتعليل المختار، ٤١/٣.

(٣) أخرجه بهذا اللفظ الشافعي في المسند (٤٥٧)، كتاب الوقف في التحبيس والتسبيل، والحميدي (٦٥٢)، ومن طريق الشافعي: الطحاوي في شرح مشكل الآثار، (٦٦٧) باب بيان مشكل ما روي عنه ﷺ من قوله: «لا طلاق إلا من بعد نكاح، ولا عتاق إلا من بعد ملك»، والحديث أصله ورواه الشيخان ـ البخاري (٢٧٣٧) باب الشروط في الوقف،=

فحبَس الأصلَ وجعَل الثمرة للغزاة وابنِ السبيل والضيفِ، وكتب كتاب الصدقة: هذه صدقةٌ محرَّمةٌ مؤبَّدةٌ لا تُباع ولا توهَبُ ولا تُورَثُ إلىٰ أن يرِثَ اللهُ؛ وهو خيرُ الوارثين، ومنه أُخِذَ رَسْمُ شرط الوقف، وهذا نصٌّ صريحٌ.

❊ **فإن قيل**: نحن نقولُ به إذا قضىٰ الإمامُ، وقد صدر هذا عن قضاء رسول الله ﷺ وإذْنِه.

❁ **قلنا**: وعندكم: إذا قضىٰ قاضٍ بنفوذه شَفْعَويٌّ لم يُنقَضْ قضاؤه؛ لأن الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد، ويجري ذلك في كل مجتهدٍ فيه، ثم ذلك إذا قال القاضي: قضيتُ بصحته بعد جَرَيانِه، فأما الأمر به فليس قضاءً مُلْزِمًا، كيف وأَمْرُ رسول الله ﷺ لا يُحمل إلا علىٰ الصحيح قطعًا، أما الباطل الذي يُظنُّ صحتُه لا يأمرُ به الشارعُ، والوقفُ عند أبي حنيفة باطلٌ، والشافعي يظُنُّ صحتَه؛ هذا مُعتقدُه.

❊ **فإن قيل**: لعلَّه حبس علىٰ سبيل الوصية المضافة إلىٰ ما بعد الموت، وذلك يلزم بعد الموت عندنا.

[٢١١/ب] ❁ **قلنا**/: جاء عمرُ طالبًا أمرَ رسول الله ﷺفيما يعمل بالمال الذي

= وفي (٢٧٧٢) باب: الوقف كيف يكتب؟، ومسلم (١٦٣٢/١٥) ـ من حديث ابن عون، عن نافع، عن ابن عمر قال: «أصاب عمر أرضا بخيبر، فأتىٰ النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ فقال: «إِنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا». قال: فتصدق بها عمر ـ [غير] أنه لا يباع أصلها، ولا يبتاعُ، ولا يورث ولا يوهب ـ في الفقراء، وفي القربىٰ، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح علىٰ من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقا غير متمول فيه». وانظر: البدر المنير، ٧/٩٠ ـ ١٠١.

أصابه في الحال لا بعدَ موتِه، ونجَّزَ الأمرَ فقال: «حَبِّسِ الْأَصْلَ»، ولا يُتصور امتثالُ ما أمر به عندكم، فإن الأصل لا ينحبِس بتحبيسه عندكم، ثم يرُدُّه كتابُ صدقته إذ قال: هذه صدقة محرمة مؤبَّدةٌ لا تُباع ولا توهب. وَصَفَ الصدقةَ بها، وعندكم الوصف به خُلْفٌ، فإنها صدقة تُباع وتوهبُ، وتنفسِخُ بالموت فتورَثُ.

❊ **فإن قيل:** ليس فيه إلا صِحَّةُ الوقفِ، ونحن نقول به، وليس فيه لزومُه؛ والخلافُ في اللزوم.

❁ **قلنا:** لم يذهب أحد إلىٰ صحة الوقف علىٰ الجوازِ؛ بل مَن حَكَم بالصحة حكم باللزوم، وأبو حنيفة لم يحكُمْ بصحته أصلًا[1]، ثم الحديثُ

---

(١) ما ذكره المصنف هنا هو التحقيق عن أبي حنيفة، فإنه لم يحكم بصحة الوقف أصلًا، وهذا القول نقله محمد بن الحسن عنه، فقال: «فأما أبو حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه فإنه كان لا يجيز الوقف والحبس في حالة الحياة، فلا يجوز عنده إذا أوصىٰ بعد موته إلا ما كان له أصل في الشريعة».

وقال هلال بن يحيىٰ: «قلت: أرأيت رجلًا قال: أرضي هذه حدودها صدقة موقوفة. ثم لم يَزِدْ علىٰ ذلك شيئًا. قال أبو حنيفة ﷺ: هذا كله باطل لا يجوز ولا يكون وقفًا، وله أن يحدث فيه ما بدا له بعد ذلك، وهذا القول من عامة أهل الكوفة».

وقال الطحاوي: «ولا يجوز تحبيس الرجل داره ولا أرضه ولا وقفه ولا صدقته لهما، وإن جعل آخرهما لله ﷻ، في قول أبي حنيفة ﷺ».

ومع هذه النقول الصريحة عن الإمام أبي حنيفة ﷺ إلا أن كثيرًا من فقهاء الحنفية لا سيما المتأخرين منهم حاولوا حمل كلام الإمام أبي حنيفة علىٰ منعه من لزوم عقد الوقف فقط مع إجازته، بمعنىٰ أن يكون عقد الوقف عنده غير ملزم بحيث يحق للواقف الرجوع عن وقفه متىٰ شاء.

قال السرخسي: «وظن بعض أصحابنا ـ رحمهم الله ـ أنه غير جائز علىٰ قول أبي حنيفة،=

دليلٌ علىٰ حصول الاحتباس؛ فإنه قال: «حَبِّس»، ومهما نفذ فيه تصرفه علىٰ حَسَبِ إرادته بيعًا وهبةً؛ فما معنىٰ التحبيس والامتثال به؟ ثم وَصْفه إياه بأنه لا يُباع ولا يوهبُ ولا يورَثُ: لا تأويلَ له، ولو لم يفهم من الشارع ذلك لما كتب الكتاب علىٰ ذلك الوجه، والذي يدلُّ علىٰ بطلان تأويلاتهم تواترُ الآثار من الصحابة في الوقفِ، قال جابرٌ: لم يكن ذو مقدرة من الصحابة إلا وَقَفَ وقفًا، وبقي وقفُه بعد موته لم يتصرَّفْ فيه الورثةُ، وهي قائمةٌ إلىٰ يومِنا هذا. فقد وقف أبو بكر وعمر وعثمان وعليٌّ وعائشة وفاطمة

= وإليه يشير في ظاهر الرواية، فنقول: أما أبو حنيفة ـ رضي الله تعالىٰ عنه ـ فكان لا يجيز ذلك، ومراده أن لا يجعله لازمًا، فأما أصل الجواز فثابت عنده؛ لأنه يجعل الواقف حابسًا للعين علىٰ ملكه صارفًا للمنفعة إلىٰ الجهة التي سماها، فيكون بمنزلة العارية، والعارية جائزة غير لازمة؛ ولهذا قال: لو أوصىٰ به بعد موته يكون لازمًا بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت».

ثم قالوا: إنه يلزم بقضاء القاضي، ومعنىٰ ذلك: أن العقد عند أبي حنيفة جائز، ولا يلزم إلا بعد قضاء القاضي بلزومه.

ولا شك أن هذا التأويل تحميلٌ لنص الإمام أبي حنيفة ما لا يتحمله، فهو قد نصَّ علىٰ عدم جوازه، ولا وجه لتخصيص هذا المنع منه بأنه يختص بعدم اللزوم فقط، ولعل ما حمل فقهاء الحنفية علىٰ ذلك هو ظهور الأدلة علىٰ مشروعية الوقف، فأرادوا التوفيق بين روايات الإمام وهذه الأدلة المتضافرة علىٰ لزوم الوقف.

وقد أشار ابن جزي إلىٰ هذا فقال: «حكم التحبيس، وهو جائز عند الإمامين وغيرهما؛ خلافا لأبي حنيفة، وقد رجع عن ذلك صاحبه أبو يوسف لما ناظره مالك واستدل بأحباس رسول الله ﷺ والصحابة والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين، وصار المتأخرون من الحنفية ينكرون منع إمامهم ويقولون: مذهبه أنه جائز ولكن لا يلزم». ينظر: شرح السير الكبير، ٥/٢٦٧، وأحكام الوقف، لهلال بن يحي، ص٥، ومختصر الطحاوي، ص١٣٦، والمبسوط، للسرخسي، ١٢/٢٧، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/٣٢٥، والقوانين الفقهية، لابن جزي، ص٥٤٩.

وعبدالرحمن وابن مسعود وابن عمر وابن الأرقم وجابر وحذيفة والمسور والمقداد وعمرُو بن العاصِ وأنسٌ، وكتب عليٌّ وعمرو بن العاص ما وصفناه من كتاب عمر، ولم يعرِفْ أحدٌ منهم ولا من ذريَّتِهم إمكانَ الرجوع في الوقف؛ فهذا يورِثُ عِلمًا ضروريًّا بأن الوقف جهة من جهات الخيرات.

❊ **فإن قيل:** هذا يعارض ما روي عن شريح إذ قال: جاء محمد بإطلاقِ الحُبْسِ.

۞ **قلنا:** هذا كلامٌ مُجْمَلٌ لا يعارِضُ ما فصَّلناه، ولعله أراد به ما اعتاده العرب من البَحيرة والسائبة، وكيف يريد الوقْفَ وقد قال لعمرَ: «**حَبِّسِ الْأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ**».

وأما طريق المعنىٰ: فنفوض الكلام فيما إذا جعلَ بُقعةً مدرسةً، ونَقيسُ علىٰ ما لو جعله مسجدًا، وننصُرُ أحدَ الأقوال، وهو أن المِلكَ في الموقوف لله تعالىٰ، ونقولُ: الصلاة قُربةٌ يفتقر في إقامتها إلىٰ بُقعة، وكذلك دِراسةُ العلم وتعليمُ القرآن، فإذا وقف بقعةً لأجل تعليم القرآن وتدريس علوم الشرع فينبغي أن يصِحَّ؛ إذ لا فرقَ؛ إذ كلُّ واحدةٍ إرصادُ بُقعةٍ مملوكة لجِهَةِ عبادةٍ.

❊ **فإن قيل:** إذا قال: جعلتُ هذه البقعةَ مسجدًا؛ لم يلزَمْ بنفسه ما لم يُصَلِّ فيه مصلٍّ، فإذا صلَّىٰ كان ذلك قَبْضًا.

۞ **قلنا:** فقولوا: إذا درَّس مُدرِّس أو قرأ القرآن قارئٌ، أو جلس معلِّمٌ فيما وقف لتعليم الصِّبْيان فيه: أنه يلزَمُ[1]؛ إذِ الوقف إذا سُلِّم إلىٰ القاضي

---

(١) جاء في الأصل تصحيحه بلفظ: «يلزمه».

ـ وهو نائبٌ عن جهة الله أو عن المستحقين ـ يَلْزَمُ؛ كما قاله محمدٌ وخالفه أبو حنيفة فيه.

ثم نقولُ: إن داعَيْتُم[1] قياس الهباتِ؛ فالملك زائلٌ إلىٰ الله تعالىٰ، وصلاة الشخص الواحد لا يجوزُ أن يكون قبضًا من جهة الله، فإنه ليس نائبًا عن الله، فليُشترط أن يصليَ فيه الإمامُ الأعظم أو نائبُه ليحصُلَ القبضُ، وعلىٰ هذا بنَوا مَنْعَ السيد من إقامة/ الحد علىٰ مملوكه؛ إذ قال: حقُّ الله لا يستوفيه إلا النائبُ من جهة الله، فإن اكتُفي بقبضه في لحظة لتعلُّقِ الصلاة، فما جُعِلَ مسكنًا للفقراء ورِباطًا للسابلة[2]، فليلزم بدخول شخصٍ واحد ممن يتَّصِفُ بالاستحقاق، فدل أن الشرع جَوَّز إخراجَ العقار عن الملك بالوقف كما جوَّز ذلك في الإعتاق. [٢١٢/أ]

❊ فإن قيل: جَعْلُ البقعة مسجدًا تحريرٌ وإعتاقٌ، ولذلك لا يتبعُ شَرْطُه في تفصيل المصلِّين وتعيينِهم؛ بخلاف الوقفِ، بل هو كالعتق لا يتبع شَرْطُ المعتِق من تعيين منافع المعتَق.

❁ قلنا: شَرْطُ المعتِق لا يُتبعُ، وشرطُ الوقف يُتبع، وفي اتباع الشرط في المسجد اختلافٌ بين الأصحاب؛ فمنهم من قال: يُتَّبع حتىٰ لو بنىٰ مسجدًا وخصَّصه بأصحاب الحديثِ وإقامة شعائرهم فيه فلا يجوز لغيرهم

---

(١) كذا بالأصل، ولعل الصواب ـ والله أعلم ـ: (ادعيتم)؛ حيث هي اللفظة الدارجة من المصنف عند الحجاج مع الخصم.

(٢) السابلة: القوم المختلفة عليها في حوائجهم، جمع سابل، وهو السالك علىٰ السبيل، ويجمع أيضًا علىٰ السوابل، وأسبلت الطريق: كثرت سابلتها، أي: أبناؤها المختلفون إليها. ينظر: تاج العروس، ٢٩/١٦٢.

مزاحمتهم، فلا نُسلِّم الفرقَ.

❊ **فإن قيل:** لو عيَّن جماعة من الخلق للصلاة فيه كالطِّوالِ أو القِصار أو ما يجري مجراه؛ لم يصِحَّ شَرْطُه، ولو شرط الاستحقاقَ في منفعة الوقْفِ للطِّوالِ أو للسُّود أو مَن لا يتعلَّقُ بهم قُربةٌ وغَرَضٌ اتُّبعَ غَرَضُه.

❁ **قلنا:** إذا اتبعنا شرطَ الواقفِ فلا حَجْرَ علىٰ الإنسانِ أن يقِفَ بقعةً علىٰ أن يصليَ فيها جماعةٌ؛ كما لا يمتنع أن يقِفَ لتسكُنَها جماعةٌ، فيُتَّبع الشرط علىٰ هذا الوجه، والمنع جارٍ، وإن سُلم فالسبب فيه أن منفعةَ المعتَق لا يملِكُه من جهة السيدِ المعتِق؛ بل تأثير الاعتاق في إسقاط ملكه وعودِه إلىٰ الحرية الأصلية، وأما الموقوف عليه يملك المنفعة بسبب منصوب من جهة الواقف، ولكِنَّ الاختصاصَ في المساجد غير مطلوب، ولا يؤدي الإشاعةُ فيها إلىٰ التزاحُمِ، والحاجة في الوقوف ماسَّةٌ إلىٰ التخصيص لإفضاء الاشتراك فيه إلىٰ التزاحم؛ إذ الاختصاص فيها مطلوبٌ، ففُتِحَ هذا البابُ، ولهذا ظهر المنع فيما إذا شرط في المسجد إقامةَ شِعارِ بعض المذاهب، فإن ذلك مما يُفْرَضُ فيه التزاحمُ، والاعتمادُ في الوقف علىٰ الحديثِ؛ فإنه أصلٌ بنفسه فيعسُرُ إثباتُه بالقياس علىٰ غيره.



مسائلُ الهِبَةِ



لا يصِحُّ رجوعُ الواهب عن هبته بعد القبض إلا فيم يهَبُه لولده. وفيما يهبه لحفَدتِه خلافٌ للأصحاب[1]، وقال أبو حنيفة: الهبةُ لا تُفيدُ إلا ملكًا مقرونًا بإمكان الرجوع إلا إذا منَع مانعٌ، وهو حصول العِوض، أو تَلَفُ الموهوب، أو حدوثُ زيادة متصلة فيه، ومهما وهَبه من فقير أو من ذي رَحِمٍ أو محرَمٍ أو أحدِ الزوجين من صاحبه: فلا رجوع لحصول العوض، وهو الثوابُ في الآخرةِ[2]، **والمعتمدُ: «لَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَ**

(١) وللشافعية أربعة أوجه للأصحاب فيمن له حق الرجوع في الهبة:
الوجه الأول: أن الرجوع يختص بالوالد إذا وهب من ولد صلبه، ولا يثبت للأم، ولا للأجداد والجدات.
الوجه الثاني: أن الأم تَشْرك الأب في الرجوع إذا وهبت؛ فإنها في معناه، والولد ولدهما، وانتسابه إلىٰ الأب ظاهر، واتصاله بالأم من جهة الولادة مستيقن.
الوجه الثالث: أن حق الرجوع يثبت للأصول فيما وهبوا لفصولهم، ولا فرق بين الأبوين وبين الأجداد والجدات، وبين من يلي منهم، وبين من لا يلي، وبين من يرث، وبين من لا يرث.
الوجه الرابع: أن حق الرجوع يثبت للأب، ولكل أصل يتصور أن يكون له ولاية علىٰ الذي وهب منه بالقرابة، فهذا إذن يختص بالوالد، والأجداد المتّصلين به إذا كانوا ورثة. ينظر: الإقناع، للماوردي، ص١٢٠، والمهذب، للشيرازي، ١/٤٤٧، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٨/٤٢٥، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٢/٤٨٣،
وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ٢/١٠٠٦، وبداية المجتهد، ٢/٢٧١والمغني، ٦/٥٥، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٤/٣١١

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٢/٥٦، والهداية شرح بداية المبتدي، ٣/٢٢٥،=

إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يَهَبُ وَلَدَهُ»[(١)] ، وهو نص صريحٌ.

❊ **فإن قيل**: الحديث صريح في نفي الحِلِّ لا في نفي الصحة والبيع في وقت النداء لا يحِلُّ ثم يصِحُّ.

۞ **قلنا**: عند أبي حنيفة: الرجوع حلالٌ وصحيح، والخلاف فيهما، والحديثُ صريح في نفي الحِلِّ، وهو أحد طرفي الخلاف، ثم إذا ثبت نفي الحل فالتصرف الحرامُ لا يصح بالاتفاق، ولا يفيد ملكًا طيبًا[(٢)] كالبيع الفاسد، وهذا عند أبي حنيفة يصِحُّ، ويفيد ملكًا طيبًا، ثم قوله: «إِلَّا الْوَالِدَ» صريحٌ في الاستثناء/، وعندهم ليس للوالد أصلًا الرجوعُ، فكيف استثني [٢١٢/ب] عن نفي الحِلِّ؟! وقولُهم: معناه: ولا[(٣)]، وإنَّ «إلا» قد تُستعمل بمعنىٰ العطف هَوَسٌ، وإن ذكره شاعرٌ في مضيقِ شِعْرٍ، فهو لتلبيسٍ وإلغازٍ، وكلامُ

= والمحيط البرهاني، ٢٤٦/٦، والاختيار لتعليل المختار، ٥١/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٩٧/٥.

(١) أخرجه الشافعي في المسند، (٥٨٤) عن طاوس مرسلًا، وقال: لو اتصل لقلت به، وانظر: البدر المنير، ١٣٤/٧، ١٣٥.

(٢) وثمة فرق آخر بين الصحة في مسألة النهي عن البيع وقت النداء، وبين الصحة في مسألة النهي عن الرجوع في الهبة، وهو أن النهي عن البيع لا يعود علىٰ ذات المنهي عنه في مسألة صلاة الجمعة؛ إذ البيع جائز بأصل الشريعة، وإنما رجع النهي إلىٰ صفة خارجة عن العقد وهي النداء وقت الصلاة، أما في مسألة النهي عن الرجوع في الهبة فإن النهي هنا تعلق بأمر داخل في ذات العقد مباشرة، وهو الرجوع عنها، والرجوع عنها أمر يخص ألفاظ العقد وأركانه وطرفيه، فكان النهي في الأولىٰ لا يقتضىٰ الفساد، ويقتضيه في الثانية، مع تعلق الحرمة بالصورتين. ينظر مسألة اقتضاء النهي للفاسد في: المستصفىٰ، ٢٢١، وروضة الناظر، ص٤٣.

(٣) أي: ولا الوالد.

صاحب الشرع لا يُحمَلُ عليه؛ فقد خالفوا النص في الطرفين.

❊ **فإن قيل**: الحديث ليس عامًّا بالإجماع؛ فإن الرجوع قبل القبض حلالٌ؛ فالشافعي يحمله علىٰ ما بعد القبض، وأبو حنيفة يحمِلُه علىٰ ما قبل القبض، ويحمِلُ قولَه: «**لَا يَحِلُّ**» علىٰ القبح؛ إذ يقبُحُ أن يَهَبَ الإنسانُ شيئًا جَزْمًا ثم إذا طُولِبَ بالوفاء يمسِكُ الموهوبَ وينقض كلامَه الأولَ؛ فيعدُّ ذلك تهافتًا في الكلام وخروجًا عن الوفاء بالعهد، كيف ولو وعد لكان يقبح منه الخُلفُ في وعده؟ فكيف إذا جزم، فقولُه: «لا يحل»؛ أي: يقبُحُ، ولا يسع في الكرم وحسنِ المروة ذلك، وأمَّا الأب فقد يَستَميلُ الولدَ بالهبةِ ثم يَعِنَّ له أن لا يُسلِّمَ لمصلحة فيه وحاجة تقتضيه، فالتغيير من الأب في حق ولده في أمثال ذلك لا يقبُحُ؛ لأنه كثير الحاجة إلىٰ التدبير لولده إعطاءً وحِرمانًا، فلا يستبعد ذلك في حقِّه؛ بخلاف الأجانب، وهذا تأويلٌ محتملٌ يعضُدُه القياسُ، وهو أن قرينة الحال كَقَيدِ المقال، وحالُ كلِّ عاقل قاضٍ بأنه لا ينزِلُ عن ملكه إلا ليحصُلَ علىٰ غرضٍ، وهذا مقطوع به، فإذا لم يحصل له غرضه لم يكن راضيًا؛ بالإضافة إلىٰ حالة عدم الرضا، فله الرجوع فيه؛ إلا أن الأغراض متفاوتةٌ، والناسُ فيه مضطربون، والنزاعُ فيه يطول، فلا يحسم عليه باب الرجوع إلا بثَبْتٍ، وهو عِوَضٌ ماليٌّ يوهب منه ثوابًا؛ فإن الشرعَ قد يُزيل الملك علىٰ اللزوم في مقابلةِ مِلكٍ أو ثواب أوجب الشرع تحصيلَه، استنزل المالكَ عن ملكه علىٰ اللزوم لتحصيله، وهو صلة الفقير أو صلة الرحم التي أوجبت النفقة، أو صِلةُ الزوجية؛ فإنه لا يُسمع قوله لم يحصُلْ له غرضٌ؛ لأن صلتهم مشروعٌ قصدًا من الشرع، فإذا

انتفت هذه الأسباب فما وراء ذلك من طلب المحبة والجاه وحُسن الذكر والثناء يطولُ النزاع في أنه حصل المقصود منه أم لا، ولم يوجب الشرع ذلك، ولا أبطل ملكًا لأجلها، فلا يبطُلُ الملك في الهبة لأجلها.

ۨ قلنا: بناءُ الكلام علىٰ دعويين؛ إحداهما: أن كل هبة تقتضي بحكم الحال عوضًا، والآخر: أنه لم يَسْلَمْ العِوَضُ، وهما ممنوعان؛ فإن الهبة لو اقتضت عوضًا لبطلت دون تفصيل العوض؛ كما لو ذكر عوضًا مجهولًا، ولكانت الهبة بيعًا، والبيع تمليكٌ بِبَدَلٍ، وهذا تمليك بغير بدلٍ؛ فالهبة ببدل كالبيع بغير بدلٍ؛ فإنه تغيير لوضعه.

فعن هذا نقولُ: تبطل الهبة بشرط الثواب علىٰ رأيٍ؛ كما يبطل البيع بغير بدل، وتنعقد الهبة بشرط الثواب بيعًا علىٰ رأيٍ؛ كما ينعقد البيع بلا ثمن هبةً علىٰ/ رأيٍ، وعلىٰ الجملة لو كانت الهبة تُنبئ عن العوض بقرينة [٢١٣/أ] الحال لكان كلفظ البيع، وإطلاق لفظ البيع دون تعريف العوض مُفْسِدٌ، فلتكن الهبة كذلك، فلما لم يفسد؛ دلَّ أنه لا يدل علىٰ عوض أصلًا، والدليل عليه: أنه لو دل علىٰ طلب عوض لنُزِّلَ منزلةَ ما لو ذكر الثواب، وعند ذكر الثواب يرجعُ، وإن زادت زيادة متصلة، ويطالب بالقيمة إذا تلف، وها هنا لا يرجعُ، ومهما أكل المُتَّهَبُ الموهوبَ فقد فات العوضُ، فليطالب بقيمته، ثم العاقل لا يهَبُ ألْفَ دِرهم طمعًا في درهمٍ، وإذا أخذ درهمًا عندهم بطَل رجوعُه؛ مع أنه يُمْكِنُ أن يكون أخذه علىٰ رجاءِ غيره، ثم إنْ سلَّمْنا أن الهبة تقتضي عِوضًا، فقد يَسْلَمُ العوض في الهبة مِن ابن العمِّ؛ فإنَّ الصِّلةَ مقصودةٌ، وفي الهبة من الصَّدِيقِ؛ فإن التودُّدَ مقصودٌ، وفي

الهبة في كلِّ أجنبيٍّ؛ فإن الاصطناعَ والاشتهارَ بالسَّخَاء والكرم مقصودٌ، فلا تنفَكُّ هِبةٌ عن غرضٍ حاصلٍ في الحال، فإن قُدِّرَ انفكاكُه عن كل غرضٍ، ودلَّتْ القرينةُ علىٰ أن تقديمَه وتسليمَه لطمعٍ ماليٍّ، فقد قال بعض الأصحاب أنَّه لا يلزَمُ أصلًا.



❁ مَسْألَة: الشيوعُ لا يمنعُ صِحَّةَ الهبة ولزومَها[1]، وقال أبو حنيفةَ: يمنَعُ لزومَها فيما يقبل القسمةَ[2]، وزعم أنه لو قسم ثم سَلَّم لَزِمَتِ الهبة وصحَّتْ، وإن وردت علىٰ شائعٍ.

فنقول: الهبة عبارة عن تمليك يلزم بالقبض، والشيوع لا يمنع التمليكَ ولا القبضَ، فصار كالشيوع فيما لا ينقسمُ. يحقِّقُه أن القبض في الشائع متصوَّرٌ علىٰ الكمال كما في غيره؛ بدليل ما لا ينقسم وبدليل البيع وترتُّبِ الحكم علىٰ قبض الشائع فيه، وكذلك رأس المال في السلم وسائر العقود.

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٥٣٤/٧، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٤١١/٨، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٢٠/٨، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٣٧٣/٥، وهو مذهب المالكية والحنابلة، وقول ابن حزم. ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ١٠٠١/٢، وبداية المجتهد، ٢٦٨/٢، والذخيرة، للقرافي، ٢٣١/٦، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل، ٦٠/٦، والهداية، للكلوذاني، ص٣٣٩، والمغني، ٢٤٧/٨، والمبدع شرح المقنع، ١٩٤/٥، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٣١/٧، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٤٣٣/٢، والمحلىٰ بالآثار، ٢٠١/٨.

(٢) ينظر: النتف في التاوىٰ، للسغدي، ٥١٣/١، والمبسوط، للسرخسي، ٧٤/١٢، وتحفة الفقهاء، ١٦١/٣، وبدائع الصنائع، ١١٩/٦، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٢٥/٣، والاختيار في تعليل المختار، ٤٩/٣.

❊ **فإن قيل**: القبض متصور وتمامه غيرُ متصوَّرٍ؛ فإن التسلط التمامَ يحصل تسليمُه مُفْرزًا، فما دام مشغولًا بملك الواهب؛ فكأنه متشبِّثٌ به نوعَ تشبُّثٍ، فهو كما لو وهب منديلًا وألقىٰ إليه وهو متشبِّثٌ بأحد طرفيه، ولهذا قلنا: لو وهَب وعاءً فسلَّم، وهو مشغول بحنطة الواهب لم يلزَمْ؛ لأن تحكم التسليط لم يوجدْ، فإنه مشغول بملكه، وكذلك لو سلَّم الدار وهي مشغولة بأقمشة الواهبِ؛ فإن تمام التسليم بالتفريغ، والخلاف في الكلِّ واحدٌ، واشتغال الملك بملك الشريك يزيدُ علىٰ الاشتغال بالأقمشة والحنطةِ، فإن ذلك اتصالُ جِوارٍ، ثم ليس يخفي أن العرف قاضٍ بأن التسليم يتم في الوعاء والدار بالتفريغ، فكذلك في المشاع؛ بخلاف ما لا ينقسم، فإنه جرىٰ فيه أقصىٰ الممكن فاكتُفي به كالتخلية؛ فإنها تسليط ناقص لا يكتفىٰ به فيما يحتمل النقْلَ، ويُكتفىٰ به في العقار؛ لأنه أقصىٰ الممكن، ولهذا أبطلنا الهبة من الشريك ومن رجلين؛ لأن الصادر منه إقباض ناقصٌ، وتمامهُ بملكِ المتَّهَبِ في الباقي، ويدل علىٰ أن القسمة من جملة القبض أنَّ المشتريَ يُطالِبُ به، وأنَّ الشفيع لا ينقضُه علىٰ المشتري، وأنه لو اشترىٰ طعامًا مكايلةً لا يبيعه قبل الكيل وإن قبضه.

والجوابُ عن هذا هو أنَّا نقولَ: القبضُ/ مع الشيوع تامٌّ، ولا نَزيدهم [٢١٣/ب] علىٰ النقض بالبيع؛ فإنه يفيد نَقْلَ الضمان والتسليط علىٰ التصرف، وكذلك في رأس مال السلم يفيد لزوم العقدِ وصحَّتَه؛ حتىٰ لا يبطل بالتفرُّقِ بعده، وليس يشترط لِلُزوم الهبة إلا ما يُشترط في البيع لنقل الضمان والتسليط علىٰ التصرف، وكذلك القبض في البيع الفاسد عندهم مع الشيوع يفيد الملكَ، وكذلك لو سلَّم ألفًا إليه نِصْفُه قَرْضًا ونصفُه قِراضًا، مَلك النصفَ الذي هو

قرض مع الشيوع، وكذلك لو وهب اثنان من واحدٍ وقَبَضَه دفعةً واحدةً لزِمَ عندهم، ولم يصدر من كل واحدٍ إلا التسليط علىٰ مشاعٍ، وخرج عن الإشاعة بانضمام ملك غيره إليه، ولو خرج بانضمام ملك المتَّهَبِ إليه لم يجُزْ في صورة الهبة من الشريك؛ فكيف يجوز في غيره؟ وإنما لا يُنْقض علىٰ المشتري كما لا يُنْقَض عليه زرعُه؛ لأنه لا يُنقَضُ من تصرفاته إلا ما يفوِّتُ حقَّ الشفيعِ؛ فإنه متصرف في ملكه، وإنما يشترط الكيلُ في بيع المكايلة بشرطه لا بكونه من تمام القبضِ؛ بدليل ما إذا لم يشرط.

❊ **فإن قيل**: سلَّمْنا تمام القبض، ولكن العلةَ المانعة من اللزوم قبل القبض جارٍ بعد القبض ها هنا؛ فإنه إنما لم يلزم قبل القبض إذ لو لزم لطُولِبَ الواهبُ بالتسليم، والمتبرعُ لا يطالب بغير ما تبرع به، وهو تبرَّع بالتمليك في العين لا بالتسليط من حيث اليدُ، فلم يمكِنِ التزامُه ولا عُقِلَ مِلكُ العين دون ملك اليد، فلم يحصل الملك، فكذلك ها هنا لو حصل الملك لطولب بالإفراز وتفريغ ملكه وتخليص الموهوب، وهو قد تبرع بتمليكه وبتسليمه، ولم يتبرع بتخليصه، فيستحيل أن يطالب المتبرع بغير ما تبرع به؛ بخلاف الضامن والناذر؛ فإنهم يطالَبون بعين ما التزموه لا بأمر زائد عليه.

❁ **قلنا**: هذا التعليل قبل القبض باطلٌ؛ إذا كان يمكن الحكم باللزوم، والمصيرُ إلىٰ أنه لا يلزمه التسليمُ؛ بل يكون كالأمانة في يده كالموصىٰ به في يد الورثة، وإذا جاز أن يخاطب الوارث بالتمكين ولم يصدُرْ منه تصرفٌ، فبأن يخاطَبَ الواهبُ به أَوْلىٰ؛ علىٰ أنَّا نقولُ: القسمة مستحقة للشركة، والحاجة إلىٰ الانتفاع والهبة أوجبت الملكَ، والقسمة نتيجةُ الشركة

لا نتيجةُ الهبةِ؛ علىٰ أن ما ذكروه منقوضٌ بما لو وهب من شريكه أو من رجلين، فإنهم أبطلوه وليس فيه مطالبةُ الواهب، وعُذْرُهم يبطُلُ بما لو وهب اثنان من واحدٍ وأقبضاه معًا فإنه يلزَمُ، ولو أقبض واحدٌ بعدَ آخر قالوا: لا يلزمُ؛ فهذه المسائل متناقضة علىٰ هذا الوجه.

❊ **فإن قيل**: القياس في معارضة إجماع الصحابة باطلٌ، وقد قال أبو بكر لعائشة رضي الله عنهما في مرضه: كنتُ نَحَلْتُكِ كذا وَسْقًا مِن التمرِ، وَوَدِتُّ لو حُزْتِيهِ[1]. والآن هو مالُ الوارثِ.

❁ **قلنا**: أراد بالحيازة القبضَ، ثم هو مذهب أبي بكرٍ[2]؛ فكيف

(١) كذا في الأصل، والجادة: «حُزْتِهِ» بحذفها، ويخرَّج علىٰ توليد الياء من إشباع كسرة تاء المخاطبة، وهذه لغةٌ حكاها الخليل الفراهيدي، قال سيبويه: «وحدثني الخليل أن ناسًا يقولون: ضَرَبْتِيهِ؛ فيلحقون الياء، وهذه قليلة». اهـ. انظر: الكتاب، ٤/٢٠٠، وطلبة الطلبة للنسفي، ص٢٣٣.

(٢) والمراد ما روته عائشة رضي الله عنها قالت: «كان أبو بكر نحلني جذاذَ عشرين وَسْقًا من مالِه، فلما حضرته الوفاة جلس، ثم تشهد، ثم قال: «أما بعد، فإن أحب الناس إلي غنًىٰ بعدي لأنت، وإن أعزَّ الناس علي بعدي فَقْرًا لأنت، فإني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا فأجعلها للمساكين».

ووجه الاستدلال منه أن أبا بكر رضي الله عنه وهب عائشة مشاعًا وهو قابل للقسمة، وهو مذهب الشافعية والجمهور. ينظر: مسند الشاميين، للطبراني، ٣١٠٤، وكرامات الأولياء، للالكائي، ٩/١٢٣.

ويستدل أيضا لمذهب الشافعي من المنقول بقوله تعالىٰ: قوله تعالىٰ ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾، ووجه الاستدلال من الآية أن الله تعالىٰ أوجب للمرأة بالطلاق نصف الصداق فعفوها للرجل عن جميعه كعفو الرجل، ولم يفصل بين مشاع ومقسوم.

وللحنفية الانفصال عن ذلك بأن الله تعالىٰ إنما بيَّن تكميلًا ثبت بنفس العفو دون شرط=

يُدعىٰ الإجماعُ؟ ثم نَقَلَ أصحابُنا عن أنسٍ أنه صار إلىٰ مِثْلِ مذهبنا.

مَسْأَلَة: الملتقِطُ إذا عَرَّف اللُّقَطة سنةً تملَّكها غنيًّا كان أو فقيرًا[1]، وقال أبو حنيفةَ: إن كان فقيرًا تملَّكَه بشرط الضمانِ، وإن كان/ غنيًّا أمسكه أو تصدق به علىٰ الفقراء[2]، **والمعتمدُ**: الأخبار الواردة فإنه ﷺ في جميعها أذِن في التملُّكِ، ولم يُفرِّقْ بين الغني والفقير لا سيما في السائل الذي جمع أنواع الضوالِّ، وقال لأبيٍّ بن كَعْبٍ: «**اعْرَفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَرِّفْهَا سَنَةً**

[٢١٤/أ]

= قبض ذلك في عفو المرأة، فأما العين فلا يكمل العفو فيه إلا بقبض متصل به أو قبض قائم ينوب عن قبض الهبة، ولئن حملنا الآية علىٰ عقد شرط زيادة القبض فنحن لا نشترط إلا تمامه، وتمامه بالقسمة فآلَ الاختلاف إلىٰ كيفية القبض.

وهذا الانفصال سائغ لازم للشافعية لأنهم لا يلزمون الهبة قبل القبض، وغير ملزم للمالكية لقولهم بلزومها ولو قبل القبض، وللشافعية الانفصال عنها بأن الآية بمطلقها تفيد صحة هبة المشاع من حيث كونه مشاعًا، وافتقار الهبة إلىٰ القبض نظر آخر يؤخذ من دليل يخص تلك النازلة، فمشترط القسمة مفتقر إلىٰ دليل وهو غير موجود. ينظر: تهذيب الفروق، ١٧٥/٣.

(١) ينظر: الأم، ١٣٥/٥، والمهذب، للشيرازي، ٣٠٤/٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٣٣١/٣، وكفاية الأخيار بحل غاية الاختصار، ص٣١٥، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٤٨٧/٢، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٣٧/٦، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٩٩٠/٢، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل، ٧٤/٦، ومواهب الجليل، ٧٤/٦، وشرح مختصر خليل، للخرشي، ١٢٩/٧، والمغني، ٢٩٩/٨، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٦٣٥/٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، ٢٠٢/٦، والبناية شرح الهداية، ٣٣١/٧، وفتح القدير، لابن الهمام، ١٣١/٦تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣٠٥/٣.

ثُمَّ هِيَ لَكَ»[1]، قال الشافعيُّ: وكان أُبي من أسير الصحابة أو كأسيرهم، والمعتمد في المسألة الأحاديثُ؛ فإن ابتداء الأحكام لا يمكن معرفتُها قياسًا؛ إذ التسليط علىٰ تملك مال الغير بالرأي والمصلحة لا وَجْهَ له؛ بل الأصول دالَّة علىٰ أن ملك المالك لا يزول إلا بسبب من جهته، فما لم يَرِدِ النصُّ فلا سبيل علىٰ التسليط علىٰ إزالة الملك، ولو ورد في الفقير وجوازُ التصدق به، فلا سبيل إلىٰ قياس الغنيِّ عليه، فليس في معناه؛ لأن الشرع إنْ سَلَّط علىٰ مال الغير لنوعِ حاجةٍ، فلا يلزم منه التسليطُ بغير حاجةٍ، فدلَّ أن المأخذَ الحديثُ إلا أنَّا لو قدَّرْنا تواردَ الأحاديث في الدلالة علىٰ التسليط علىٰ إزالة الملك وتصدّىٰ فيه الإزالة بالتصدُّقِ أو بالتملك، وأردنا أن نرجِّحَ أحد المسلكين بالمصلحة، كان جانِبُنا أقربَ إلىٰ المصلحةِ؛ فإنَّ فيه إحياءَ حق المالك بترغيب الأمين في التقاطه ابتداءً، وتملُّكِه بشرط الضمان انتهاءً، فإنه إن لم يجوِّزْ فيمتنعَ عن التصدُّقِ ويمسكَه ويضيعَ في يده أمانةً فإحكامُه بذمتِه المليئة أَولىٰ من تعيين ما يرعوي عنه إلىٰ الإمساك الذي يعوِّضُه للضياع بغير عوضٍ[2].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٤٣) باب شرب الناس وسقي الدواب من الأنهار، وفي (٢٢٩٦) باب ضالة الغنم، وفي (٢٢٩٧) باب: إذا لم يجد صاحب اللقطة بعد سنة، ومسلم (١/١٧٢٢، ٧، ٨) كتاب اللقطة.

(٢) والحنفية لا يسلمون هذا المسلك، إذ لا حاجة عندهم للنظر إلىٰ جانب المصلحة، لأن معتمدهم في ذلك ما روي عن أبىٰ هريرة قال: سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة؟ فقال: «**لا تحل اللقطة، فمن التقط شيئا فليُعَرِّفْه سنةً، فإن جاء صاحبه فليرُدَّهُ إليه، وإن لم يأت فليتصدَّقْ به، فإن جاء فليخيِّره بين الأجر وبين الذي له**»، وهذا نص في مقصودهم بوجوب التصدق باللقطة، ثم يحملون قوله ﷺ: «**فشأنك بها**» أي: شأنك بها في الاشتغال بالحفظ؛ جمعًا بين الحديثين، يقول الكاساني: «**فشأنك بها**» إرشاد إلىٰ الاشتغال بالحفظ؛=

* فإن قيل: لا ؛ بل ما ذكرناه أَولىٰ ؛ لأن اللقطة شرعت حِسبةً رعايةً لحق المالك لا لحق الملتقِطِ ، وإذا عرَّفَ سنةً فالظاهر أنه لا يعودُ ، فلا بُدَّ مِن صرفه إليه بحسب الإمكانِ ، ومهما تصدقنا به عن جهته فهو إبقاء في حقه ليناله ثوابه ، ولو تملك الغنيُّ ، كان فواتًا محضًا في حقه .

قلنا: التصدق بماله دون إذنه لا يوجب له ثواب الصدقة ، فالثواب علىٰ قدر القصد والتعب ، فله ثواب ضلال المال لا ثواب الصدقة ، كيف وهذا تصدُّقٌ بشرطِ الضمان؟ ولا ثواب في المعاوضة ؛ علىٰ أن ما ذكرناه

= لأن ذلك كان شأنه المعهود باللقط إلىٰ هذه الغاية ، أو يحمله علىٰ هذا توفيقًا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض ، وإذا تصدق بها علىٰ الفقراء فإذا جاء صاحبها كان له الخيار إن شاء أمضىٰ الصدقة وله ثوابها ، وإن شاء ضمن الملتقط أو الفقير إن وجده ؛ لأن التصدق كان موقوفًا علىٰ إجازته ، وأيهما ضمن لم يرجع علىٰ صاحبه كما في غاصب الغاصب وإن كان فقيرًا ، فإن شاء تصدق بها علىٰ الفقراء ، وإن شاء أنفقها علىٰ نفسه ، فإذا جاء صاحبها خيَّره بين الأجر وبين أن يضمنها له علىٰ ما ذكرنا ، وكذلك إذا كان غنيًّا جاز له أن يتصدق بها علىٰ أبيه وابنه وزوجته إذا كانوا فقراء».

والجواب عن ذلك من وجهين:

الأول: أن هذا الحديث أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ، (٢٢٠٨) ، والحديث في رواته راوٍ ضعيف ، وهو يوسف بن خالد السمتي.

الثاني: أنه لا دلالة فيه مع فرض صحته علىٰ وجوب التصدق ، قال ابن حزم: «ثم لو صَحَّ لم يكن لهم فيه حجة ؛ لأن قوله: «لا تحل اللقطة» حقٌّ ، ولا تحل قبل التعريف ، وأمره بالصدقة بها مضموم إلىٰ أمره ﷺ باستنفاقها وبكونها من جملة مالِه ؛ إذ لو صح هذا لكان بعض أمره ﷺ أولىٰ بالطاعة من بعض ، ولا يحلُّ مخالفة شيء من أوامره ﷺ لآخَرَ منها ؛ بل كلها حق وواجب استعماله ، ونحن لم نمنع واجدها من الصدقة بها إن أراد فيُحتج علينا بهذا ، فبطل تعلقهم بهذا الخبر لو صح». ينظر: بدائع الصنائع ، ٢٠٢/٦ ، والمحلىٰ بالآثار ، ٢٦٦/٨ ، ونصب الراية ، ٤٦٦/٣ ، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ، ١٤٠/٢.

نَظَرٌ لحِفْظِ ماله في الدنيا، وترغيبٌ في الالتقاط ابتداءً، وما ذكروه تنفيرٌ للأمين عن الالتقاط أولًا، وترغيبٌ له في الإمساك المضيع للُّقطةِ بغير ضمان آخر، فحقُّ المالكِ في هذا أكثرُ لا محالةَ.



مَسْألَة: لا يصِحُّ إسلامُ الصبيِّ علىٰ القولِ المنصورِ في الخلاف[1]؛ خلافًا له[2]، **والمعتمدُ** في المسألةِ: أنَّ الإسلام لا يُعقلُ إلا بعد تقدُّمِ إلزامٍ؛ كما لا يُعقلُ الجوابُ إلَّا بعدَ الخِطابِ؛ فإنه من أسماء الإضافة والنسب، إذِ الإسلامُ عبارةٌ عن الاستسلام والانقياد والإذعان، والابتداءُ بالتبرُّعِ لا يُسمَّىٰ إسلامًا ولا انقيادًا كما أنَّ الابتداء بالكلام لا يُسمَّىٰ جوابًا.

فإن قيل: الإسلامُ عبارةٌ عن قوله: أشهد أن لا إله إلا اللهُ، وأنَّ محمدًا رسولُ الله؛ مع اعتقاد التصديق، وهذا قد يوجَدُ من الصبي تقدَّمَه الإلزامٌ أو لم يتقدَّمْ.

قلنا: لا؛ بل هذا نطقٌ وتصديق ومعرفةٌ، ولسنا ننكر تصوَّرَ ذلك من الصبي وثبوتَ أحكامه في حقِّه؛ حتىٰ/ إنَّ ما يتعلق بالدار الآخرة من [٢١٤/ب]

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ١٧١/١٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٤٣١/٦، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٧١/١٢، وكفاية الأخيار في جل غاية الاختصار، ص٥٠٢، وفتح القريب، ص٢٩٧، وهو رواية عن أحمد بن حنبل، ينظر: مختصر اختلاف العلماء، ٦٧/٢والهداية، للكلوذاني، ص٣٣٣.

(٢) وهو مذهب الحنابلة، والمالكية. ينظر: مختصر اختلاف العلماء، ٦٧/٢، والذخيرة، للقرافي، ٥/١٢، والهداية للكلوذاني، ص٣٣٢، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٩٢/٣.

أحكام الإيمان يجوز أن يثبُتَ في حق الصبيِّ إذا علِمَ الربُّ منه إيمانَه باطنًا، وإنما نحن لا نثبت الأحكام المنوطة بالإسلام، والإسلام عبارة عن الاستسلام، ولا استسلامَ إلا بعد إلزامٍ، والدليل علىٰ تميُّزِ الإسلام عن المعرفة والإيمان قولُه تعالىٰ: ﴿قَالَتِ ٱلْأَعْرَابُ ءَامَنَّا قُل لَّمْ تُؤْمِنُوا۟ وَلَٰكِن قُولُوٓا۟ أَسْلَمْنَا﴾[1]، والمعنيُّ به: الانقيادُ والتسليم والإلزام والقهر دون المعرفة والاعتقاد. والدليل عليه أن المكرَهَ علىٰ الإسلام يصِحُّ إسلامُه، والإكراه علىٰ المعرفة والإيمان غير متصوَّرٍ، ولكنه انقياد للإلزامِ، فتحقق إلزامه؛ إذ لا معنىٰ للإسلام إلا الانقيادُ للإلزام، والدليل عليه أنه جُعِلَ قَبولُ الجزية خَلَفًا عنه، ولا يتصوَّرُ أن يكون قبولُ الجزية بدلًا من الإيمان، ولكنه استسلام للأحكام دونَ التصديق باللسان - أعني: الجزية - والإسلامُ استسلام للأحكام بالتصديق باللسان، فهو أحد نوعي الاستسلام، فَنِيطَ أكثرُ أحكام الإسلام - مِن عِصمة الدم والمال وغيرِه - به، ونيط الكلُّ بالاستسلام للأحكام إذا كان معه استسلامٌ باللسان، فإن الذميَّ باقٍ علىٰ نوعِ تمرُّدٍ في انفكاكه عن التصديق باللسان، والأحكامُ الدنيوية متعلِّقة بالاستسلام الظاهر، والدينيةُ لا يُطَّلَعُ عليها، وهو يتعلَّقُ بالإيمان، فلا جَرَمَ يثبُتُ للصبي إن عَلِمَ اللهُ من باطنه المعرفةَ والتوحيدَ.

والدليل عليه: أن الكافر لو قال: إنما نطقْتُ بكلمة الشهادة الآن، ولكني كنت عارفًا مِن قبل هذا، فلا يُقَدَّمُ حُكم الإسلام علىٰ وقت الاستسلام الظاهر.

---

(١) سورة الحجرات، جزء من الآية (١٤).

ونقولُ: الإسلامُ عبارة عن النطق والتصديق والانقياد ظاهرًا، وكيف ما كان فالصبي لا إلزام عليه، فما صدر منه كلامٌ وإخبارٌ ومعرفة وليس بإسلامٍ، وهذه أحكام الإسلامِ، ومِن ضرورة كونِ الإسلام إسلامًا تقدَّمُ الإلزام عليه، وعن هذا لم يُعَقلِ الإسلام قبلَ ورود الشرعِ، وإن عُقِلَ المعرفة والمنطِقُ، لأنه لا إلزامَ قبل الشرع فإسلام الصبي كإسلام مَن أسلم قبل بعثة الرسول ﷺ، فإنَّ الشريعةَ متقاعدةٌ في حقِّ الإلزام عن الصبي قبل البلوغ.

❊ **فإن قيل**: فلو كان إنسان في جزيرة ولم ينتهِ إليه خبرُ البعثةِ فأسلم؛ ينبغي ألَّا يصِحَّ إسلامُه؛ لأن الإلزامَ لا يُتصوَّرُ قبل بلوغ الخطاب.

❁ **قلنا**: ومن لم يبلُغْه الخطابُ كيف يَتصوَّرُ الإسلامَ، ومعنىٰ الإسلام الانقيادُ لمحمدٍ ﷺ بتصديقِه، فمَن لا خَبَرَ عنده مِن بعثتِه كيف ينقادُ له؟ فلا يتصور عندنا إسلامٌ قط إلا بعد تقدُّمِ إلزامٍ، وهذا بيانُ قول الأصحاب؛ أن الإسلامَ لا يقَعُ إلا فَرْضًا.

❊ **فإن قيل**: فَلِمَ قُلتم: يُحالُ بينَه وبين أبويه ويُدفَنُ في مقابر المسلمين؛ وهذا حكمٌ يتعلَّقُ بالظاهر؟!

❁ **قلنا**: أما الحيلولةُ فليس حكمَ صحةِ الإسلام في الحال، ولكنه بدت منه مخائلُ تدل علىٰ أنه إذا مسَّه الإلزام بعد البلوغ فيستسلمُ ويكون موحِّدًا مؤمنًا، ولو تركناه في يد والديه لنفَّروه/ عن ذلك، وكدَّروا عليه ما [٢١٥/أ] ظهر له في أثناءِ الحيلولة بحُكم المصلحة لتوقُّعِ صحة الإسلام لا لتنجُّزِه، فلا يدل ذلك علىٰ صحةِ إسلامه، ثم هذا الصبي بعد أن حِيل بينه وبين والديه وظهر منه الإيمان والمعرفة إذا مات فقد نقولُ: يُدفن في مقابر المسلمين؛ لأنه

فيما يتعلَّقُ بالدار الآخرة يساوي المؤمنين ؛ لأن أحكام الدنيا منوطٌ بالاستسلام الظاهرِ ، والأحكامُ الآخرةُ ، ـ وهي باطنة ـ بالإيمان الباطن ، وإيمان الصبي ومعرفته صحيحةٌ ؛ كإيمان البالغ ، والإسلام الظاهر ينفع لكَفِّ السيف في الدنيا عن الرقبة ، ولعِصمة النفس والمال ، ولا ينفَعُ حيث لا مالَ ولا نفسَ ، فلا سيف ، وهو بعد الموت فجُعل في غِمَار المؤمنين لذلك ، وأما الحيلولة فرعايةٌ لمصلحة الطفل بعد أن ظهر منه مخائلُ السعادة حتىٰ لا يسعىٰ والداه في حرمانه عن هذه السعادة.

❊ **فإن قيل:** ومن الذي يُسَلِّم أنه لا يجب الإسلام علىٰ الصبي ، والإسلام إنما يجب عقلًا ، والعقل يوجب علىٰ الصبي والبالغ إذا كان الصبي عاقلًا.

❁ **قلنا:** العقلُ لا يوجِبُ أصلًا ؛ لأنه لو أوجب لكان لا يخلوا إمَّا أن يوجِبَ ما لا فائدةَ فيه ، أو يوجب ما فيه فائدةٌ ، فإن أوجب ما لا فائدة فيه فهو هَزْلٌ لا وَجْهَ ، وإن أوجب ما فيه غرضٌ ، فالغرض فيه للعبد الذي وجب عليه أم للمعبود؟ فإنْ أحيل علىٰ المعبود فهو منزَّه عن الأغراض ، وإن أحيل علىٰ العبد فالعبد في الحال يتعب بالنظر في مغمَّضات التوحيد ، ويتنغصُ عليه ملاذُّه وشهواتُه ، فلا غرض له فيه ، فإن قُدر غرض في الآجلة وهو الثوابُ ، فمن أين عرف قبل ورود الشرع؟ والكلام فيه أنه يُثاب عليه لو آمَن ، والثواب يعرف بقولِ الرسولِ ولا رسولَ أصلًا ، فلعله يعاقب ، فإن نسبة الكفر والإيمان والطاعة والعصيان إلىٰ الله تعالىٰ علىٰ وتيرة واحدةٍ ، فهذا دليل قاطع علىٰ أن العقل بمجرده لولا الشرعُ لا يصلح للإيجاب ، وتمام

النظر فيه استقصيناه في كتاب «المنخول في الأصول»[1]، وفي كتاب «وسائل الوصول إلىٰ مسائل الأصول».

❊ **فإن قيل**: سلَّمْنا أنه لا يجب بمجرد العقل وإنما يجب بالشرع، ولكن الصبي يجب عليه الإسلام شرعًا؛ فإن الصبي يؤثِّرُ في الحَجرِ فيما يقبل الحجرَ، والإسلامُ لا يقبل الحجرَ، فبقي في حقِّ الإسلام كالبالغ.

❁ **قلنا**: إذا رُدَّ الوجوبُ إلىٰ الشرع فقد قال صاحبُ التقريبِ: «**رُفِعَ الْقَلَمُ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَبْلُغَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يُفِيقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ**»[2]، ثم المجنونُ لو تلقن كلمة الشهادة لم يُكتَرَثْ به، فكذلك الصبيُّ، والدليل القاطع عليه أن الصبي لا يُضرب علىٰ ترك الإسلام، وإن كان يضرب علىٰ ترك الصلاة، ولا يُدعىٰ إلىٰ الإسلام قهرًا، فكيف يقالُ: يجب عليه الإسلامُ ولا يضرب علىٰ تركه؟ مع أنَّ الصلاة التي يضرب عليها غيرُ واجبة عليه.

❊ **فإن قيل**: الصبي بعدَ ورود الشرع عرَف أن حال صبيان المسلمين

---

(١) ينظر: المنخول، للغزالي، ص١١٩ وما بعدها.

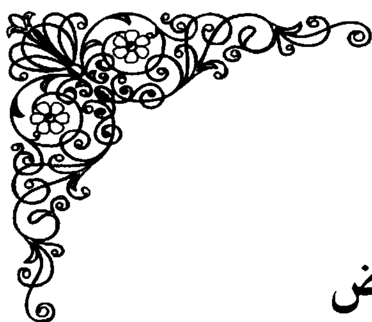
(٢) أخرجه أحمد (٢٤٦٩٤، ٢٤٧٠٣) وغيرها، وأبو داود (٤٣٩٨، ٤٤٠١) وغيرها، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًّا، والترمذي (١٤٢٣) باب ما جاء فيمن لا يقام عليه الحد، وقال الترمذي: حديث عليٍّ حديث حسن غريب من هذا الوجه، وقد روي من غير وجه عن علي، عن النبي ﷺ وذكر بعضهم: وعن الغلام حتىٰ يحتلم، ولا نعرف للحسن سماعا من علي بن أبي طالب وقد روي هذا الحديث، عن عطاء بن السائب، عن أبي ظبيان، عن علي بن أبي طالب، عن النبي ﷺ نحو هذا الحديث ورواه الأعمش، عن أبي ظبيان، عن ابن عباس، عن علي موقوفا ولم يرفعه والعمل علىٰ هذا الحديث عند أهل العلم.

أعلىٰ في الدار الآخرة من حال صبيان الكفار، وأنه بالإسلام ينالُ ثوابًا ويحوزُ سعادةً في الآخرة، ولأجله دفن في مقابر السعداء، فالعقل يوجب عليه الإسلامَ/؛ بخلاف ما قبل ورود الشرع، فإنه لم يعلم ارتباط السعادة بالإسلام بقول الشارع، فبالشرع عُلم أن الإسلام طريق السعادة، والعقلُ يتقاضىٰ كُلَّ عاقلٍ أن يسلُكَ طريق السعادة ويُؤْثِرَها علىٰ طريق الشقاوة، فَحَسُنَ أن يقالَ: العقل بعد الشرع يوجب عليه الإسلامَ. [٢١٥/ب]

❁ قلنا: هيهاتَ، فالعقل لا يوجب أصلًا، ولم يثبُتْ عِقابُ صبيان الكفار علىٰ كفرِهم أصلًا؛ بل حُكم من عقَل منهم كحكم من لا يعقِلُ من أبناء المهودِ، ولم يظهر في الشرع تفرقةٌ؛ بَقِيَ أن في الإسلام توقُّعَ زيادةٍ، والعقل لا يوجب طلب المزايا، ولذلك لا يوجب التجارة والاصطيادَ وما فيه مزايا وزوائدُ، وإنما الإيجاب للشرع، نعم ذلك ميلُ الطبع إلىٰ الجانب الذي عَرَفَ أنه أرفَقُ به آجلًا أو عاجلًا، وليس ذلك إلزامًا حتىٰ يكون اتباعُه انقيادًا أو استسلامًا، فلا يتحقق اسم الإسلامِ به أصلًا.

❁ فإن قيل: روي عن عليٍّ ﷺ أنه أسْلَم في الصِّبَىٰ وتمدَّحَ به، وقال: سبقتُكم إلىٰ الإسلام طرًّا غلامًا ما بلغْتُ أوانَ حُلمِ.

❁ قلنا: نقل أحمد بن حنبل أنه أسلم وهو ابنُ خمس عشرة سنةً، وقيل: إنه حكم بإسلامه قبل ذلك تابعًا لأمِّه، والبيتُ لم يصِحَّ منه أصلًا، وإن صح فهو كناية عن المعرفة والإيمان لا عن الإسلام الذي يرتبط به الأحكام ظاهرًا، والتمدح تحقيقًا به لا بالاستسلام الظاهر، ويجوز للصبي إذا عرف التوحيد أن يتمدَّحَ بمعرفتِه، وذلك ليس دليلًا علىٰ تعلُّقِ الأحكامِ.




مسائل الفرائض

مَسْأَلَةٌ: لا ميراثَ لذوي الأرحام[1] **عندنا**[2]؛ خلافًا لأبي حنيفة[3]، **والمعتمدُ**: أنَّ نَصبَ الرحم سببًا للتوريث حُكْمٌ شرعيٌّ لا بُدَّ له من مستندٍ، فإما أن يثبُتَ أصلًا أو فرعًا لأصلٍ، والأصل ما ورد به النصُّ ولا نصَّ، والفرع هو المقيسُ علىٰ المنصوصات، وليس يمكن تلقي توريث الأرحام من المنصوصات؛ لأنه ليس علىٰ قياس ذوي الفرض؛ إذ لا تقدير فيه، ولا علىٰ قياس العصبات؛ فإنهم لا يأخذون ما فضِل من ذوي الفرائض، بل يُرَدُّ علىٰ ذوي الفرائض ويُحرمون، وكيف يؤخذ منها قياسًا عليها؟ وجميعها

(١) ذوو الأرحام هم كل قريب للميت ليس له سهم من التركة ولا عصبة. ينظر: الاختيار لتعليل المختار، ١٠٥/٥.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير، ١٧٤/٨، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٩٩/٩، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٨/٥، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٦/٣، وهو قول أبي بكر الصديق، وعثمان بن عفان، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن الزبير، وسعيد بن المسيب، والزهري، والأوزاعي، وقول الإمام مالك. ينظر: المغني، ٨٢/٩، والإشراف علىٰ مذاهب العلماء، ٤٠٠/٤.

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٢/٣٠، والاختيار لتعليل المختار، ١٠٥/٥، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٥٧٧/٨، والدر المختار شرح تنوير الأبصار، ٧٩١/٦، وهو مذهب الحنابلة، وقول علي وابن ومعاذ بن جبل وأبو الدرداء وأبو عبيدة بن الجراح. ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٢/٣٠، والكافي في فقه اهل المدينة، ١٠٥٢/٢، وحاشية العدوي علىٰ كفاية الطالب، ٣٨٥/٢، والهداية، للكلوذاني، ص٦٢٠، والفروع، ٣٦/٨، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٥٣٥/٢.

مقدَّمة علىٰ الولاء، والولاءُ مقدَّمٌ علىٰ الرحم؛ مع أنه فرع من فروع النسب، فكيف يتقدم علىٰ النسب؟ وكذلك بنت البنت لو ألحِقَ بالبنت فهو أقربُ أصلٍ إليه، للزم أن ترد الزوجين إلىٰ نصف نصيبهما، وأن ترد الأم إلىٰ السدس، وأن تتعصب بأخيها؛ فإن حالها مع الأخ أقوىٰ من حالها عند الانفراد، ثم إنها لا ترث مع الأخِ، وكذلك العمَّة وبنت الأخ، وكل ذلك يدل علىٰ أنه ليس يمكن أخذُها قياسًا من المنصوصات.

* **فإن قيل:** هو مأخوذٌ من قوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾[1].

* **قلنا:** وليس فيه تعرُّض للميراث، فما الدليلُ علىٰ أن المراد به الميراث؟

---

(١) سورة الأنفال، جزء من الآية (٧٥)، ووردت أيضاً في سورة الأحزاب، جزء من الآية (٦)، والآية حجة الحنفية في هذا الباب، فالاستحقاق لذوي الأرحام هنا بالوصف العام لا الخاص، قال السرخسي: «معناه: بعضهم أولىٰ من بعض، وقد بينا أن هذا إثبات الاستحقاق بالوصف العام، وأنه لا منافاة بين الاستحقاق بالوصف العام والاستحقاق بالوصف الخاص، ففي حق من ينعدم فيه الوصف الخاص يثبت الاستحقاق بالوصف العام، فلا يكون ذلك زيادة علىٰ كتاب الله».

ونقل المزني رد الشافعي للاحتجاج بهذه الآية ملزمًا أصحاب أبي حنيفة ببعض فروعهم، قال: قال الشافعي: «لو كان تأويلها كما زعمتم كنتم قد خالفتموها، قالوا: فما معناها؟. قلنا: توارث الناس بالحلف والنصرة ثم توارثوا بالإسلام والهجرة ثم نسخ الله - تبارك وتعالىٰ - ذلك بقوله: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٦] علىٰ ما فرض الله لا مطلقًا، ألا ترىٰ أن الزوج يأخذ أكثر مما يأخذ ذوو الأرحام، ولا رحم له؟ أو لا ترىٰ أنكم تعطون ابن العم المال كله دون الخال وأعطيتم مواليه جميع المال دون الأخوال فتركتم الأرحام وأعطيتم من لا رحم له». ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٣/٣٠، ومختصر المزني، ٨/٢٤٢.

※ **فإن قيل**: فما معناه؟ قلنا: يكفينا دعوىٰ الإجمالِ، فأنتم المطالبون بالبيان، ثم يحتمل حمله علىٰ الحضانة والتربية أو التجهيز والتكفين وتولي الصلاة والدفن، ويحتمل أنه أريد بذوي الأرحام الأقارب المذكورون في آية المواريث/؛ لأنه قال: ﴿فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾، وليس في الكتاب ميراث ذوي [٢١٦/أ] الأرحام؛ بل فيه ما يدل علىٰ نفيهم، وهو الاقتصار علىٰ ذكر الباقينَ؛ مع أنه ﷺ قال: «**إِنَّ اللهَ أَعْطَي كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ؛ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ**»(١)، وأشار به إلىٰ الكتاب، فدل أن كل ذي حق قد ذُكر حقه في الكتاب، وهؤلاء لم يُذكروا أصلًا، فليسوا مِن ذوي الأرحام من ذوي الحقوق.

※ **فإن قيل**: مستنده قوله ﷺ: «**الْخَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ**»: فالحديث غير صحيحٍ، لم يعوِّلْ عليه الأئمةُ بل الصحيحُ ما رواه ابن عمر: أنه ﷺ خرَج إلىٰ قُباءَ يستخير الله في ميراث العمة والخالة، فنزل جبريلُ أنْ لَا ميراث لهما، فإن صَحَّ حديثهم فهذا في معارضته، ولا ذاهبَ إلىٰ الفرق بينهم في التوريث نفيًا وإثباتًا، أو نقول: التأويل البعيد يصير قريبًا عند تعارُض النصوص، فيحتمل أن يكون منهاجه منهاجَ قول القائل: الجوعُ زادُ مَن لا زادَ له، والصبرُ حيلةُ مَن لا حيلةَ له، وهو نفي الزاد والحيلة، ولسنا ننكِرُ بُعْدَ التأويل، ولكن إبطال الحديث المعارض له أبعد منه، والبعيد بالإضافة إلىٰ الأبعد قريبٌ؛ فهو أولىٰ، أو يحتمل أنه قال ذلك في خالٍ معيَّنٍ

---

(١) أخرجه أحمد (١٧٦٦٣، ١٧٦٦٤) وغيرهما، وابن ماجه (٢٧١٣، ٢٧١٣) باب: لا وصية لوارث، وأبو داود (٢٨٧٠) باب ما جاء في الوصية للوارث، وفي (٣٥٦٥) باب في تضمين العور، والترمذي (٢١٢١) باب ما جاء: لا وصية لوارث، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

كان ابنَ عمٍّ فقال: الخالُ وارثُ مَن لا وارث له، يرثه ويعقِلُ عنه، ولا يتحمل الخال العقل، وقد يطلق اللفظ العامُّ لإرادة سببٍ خاصٍّ، فيحمل عليه إذا دل الدليل، وهذا كقوله: إنما الرِّبا في النسيئةِ. نقَله ابنُ عبَّاسٍ، فحملناه بالاتفاق علىٰ أنه كان قد سئل عن بيع البُرِّ بالشعير متفاضلًا فقال: إنما الربا في النسيئة، ومثل هذا التقدير البعيدِ لم يُستبعد في معارضة الحديث المعروف في باب الربا جمعًا بين الحديثين.

❊ **فإن قيل**: الإجماع منعقد علىٰ طلب مصرف للميراث، والصرف إليهم أَولىٰ من الصرف إلىٰ جميع المسلمين؛ لأنهم ساووا جميع المسلمين في الإسلام وفضلوهم بالقرابة.

❁ **قلنا**: هذا يبطل ببنت المعتق والزوج والزوجة والأب القاتل وبالأخ من الأب والأم في مسألة المشرَّكة، ثم التحقيق فيه أن المال لجهة الإسلام لا للمسلمين حتىٰ يطلب الترجيح بين الأشخاص، ولذلك يجوزُ عِمارةُ القناطر ووجوه الخيرات بها وصرفها إلىٰ مَن يحدث بعد موته وإلىٰ الرقيق والكافر إذا تعلَّقَ به مصلحةُ الإسلام.



❊ مَسْأَلَة: القولُ بالردِّ[1] ....

(١) الرد هو: أن تزيد الفريضة علىٰ السهام ولا عصبة هناك تستحقه فيرد علىٰ ذوي السهام بقدر سهامهم عدا الزوجين، وقال الفرضيون:

مسائل الفرائض ثلاثة أقسام: مسألة عادلة، ومسألة عائلة، ومسالة ناقصة غير كاملة.

فالعادلة: هي التي تستوعب فيها الفرائض الأجزاء، أو تشتمل علىٰ عصبة خاص، أو علىٰ فرائض وعصبة. =

باطلٌ[1]: المعتمد أن الله تعالىٰ قدَّر للبنت النصفَ، والتقدير بالنصف للحصر، فالزيادة عليه إبطال له كالنقصان منه؛ إذ لا معنىٰ للتقدير/ إلا الحصر في [٢١٦/ب] الطرفين.

❊ فإن قيل: ليس لها بالبنوة إلا النصفُ، وهو المراد من التقدير، والباقي لها بحكم الرحمية المرسلة التي ساهم بها سائر الأقارب، وهو قضية زائدة وقعت به المشاركة مع الأقارب، والبنوَّةُ قضية أخرىٰ وقع بها المباينةُ، ويستحيل اتحاد ما به المباينةُ والمشاركة مع جهة واحدة، ونزِّلَ منزلة الأخ للأم له السدس، ثم إن كان ابنُ عمٍّ سُلِّم إليه الكلُّ، ولكن لا يستحق بأخوَّةِ الأم إلا السدسَ، والباقي بجهة أخرىٰ، فلم يكُنْ مناقضًا للتقدير.

❁ قلنا: رَحميةُ البنت صارت مستوفاة بقضية الحق بقضاء حقِّ البنوَّةِ؛ لأن كل بنوَّةٍ فهي تتضمن الرحمية المرسلة لا محالةَ، وليست الرحمية مباينةً للبنوة مبايَنةَ تميُّزٍ؛ بل هو كالسقف من البيت، والخمسة من الستة، فالستة

= والفريضة العائلة: هي التي تزيد فيها مبالغ المقدَّرات علىٰ أجزاء المال.

وأما الفريضة الناقصة: فهي المشتملة علىٰ فرائضَ تنقص عن أجزاء المال، وليس فيها عصبة، وهي مسألة الرد. ينظر: الاختيار لتعليل المختار، ٩٩/٥، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٩٢/٩.

(١) ينظر: الأم: ٨٥/٩، والحاوي الكبير، ١٨٣/٨، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٩٢/٩، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٢١/٣، وهو قول زيد بن ثابت ﷺ، ومن التابعين عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، وقال به الإمام مالك. ينظر: بداية المجتهد، ١٣٦/٤، والمبسوط، للسرخسي، ١٩٣/٢٩، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٥٨٨/٨، واللباب في شرح الكتاب، ١٩٧/٤، وهو قول غالب أصحاب النبي ﷺ، وقول الإمام أحمد بن حنبل. ينظر: بداية المجتهد، ١٣٦/٤، والهداية، للكلوذاني، ص٦١٩، وكشاف القناع، ٤٣٣/٤، والإشراف علىٰ مذاهب العلماء، ٣٩٧/٤، ومختصر اختلاف العلماء، ٤٧٢/٤.

غير الخمسة؛ علىٰ معنىٰ أنها خمسةٌ وزيادةٌ، والبيت غير السقف؛ علىٰ معنىٰ أنَّه سَقْفٌ وزيادةٌ، فمن ملك البيتَ لم يتصوَّرْ أن يملك السقف بجهة أخرىٰ؛ لأنه يؤدي إلىٰ تكرير الملك في السقف؛ فإن مَن ملك البيت بجهة دَخَلَ السقفُ في ملكه، فإفراده تكرير للملك في محلٍّ واحد، فكذلك الرحمية تتضمنها البنوَّةُ تضمُّنَ البيتِ السقفَ، فإذا صارت البنوة مورثةً فقد صارت الرحمية مورثة، والدليل القاطع عليه أنه لو كان كما ذكروه لكانت الرحمية العامة قضية شاملة للكل علىٰ وجه واحدٍ، وقد قالوا: إذا لم يكن في المسألة سوىٰ أمٍّ وبنتٍ، فالباقي مردود عليهما علىٰ نسبة حِصَّتَيهما، فإن لم يكن في الرد عَودٌ إلىٰ اعتبار خصوص المفارقة، فلينظر إلىٰ عموم المشاركة في الرحمية، وليسوَّ بينهما، وهذا لا جواب عنه لمن يدَّعي أن الرحمية قضية عامة زائدة علىٰ البنوة.



❊ مَسْأَلَة: إذا كان في المسألة زوج وأمٌّ واثنان من الأولادِ الأمِّ وأخٌ للأب والأمِّ، فالأخ للأب والأم يشارِكُ أولادَ الأم في ثلثِهم، ويكون كواحد منهم[1]، وقال أبو حنيفة: لا حَقَّ له[2].

---

(١) ينظر: مختصر المزني، ٢٤١/٨، والحاوي الكبير، ١٠٦/٨، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٦٣/٩، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١٤/٦وهو مذهب المالكية. ينظر: التلقين، ص٥٦٧، وحاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير، ٢٢٢/٤.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٥٤/٢٩، والدر المختار، ٨٠١/٦، واللباب شرح الكتاب، ١٩٦/٤، مختصر اختلاف العلماء، ٤٦٠/٤، وهو قول علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسىٰ، ومذهب الحنابلة. ينظر: الفروع، ٣٥٦/٦، وكشاف القناع، ٤٢٩/٤.

فنقول: حرمانه مع مساواته لأولاد الأم في قرابتهم المورثة لا وَجْهَ له؛ فإنه لم يتميَّزْ عنهم إلا بقرابة الأبِ، وقرابة الأم تابعة لقرابة الأب ساقطة العبرة إذا أمكن العملُ بقرابة الأبِ، وإظهارُ أثرها في العصوبة، أما إذا لم يمكن فجَعْلُ قرابة الأم ساقطةً مع وجودها خارجةً عن الإفادة مع إمكان اعتبارِها لا وجهَ له، وهو الجواب عما إذا كان الأخ من الأم واحداً وأولادُ الأب عشرةً، فإن حصة الأخ من الأم يزيدُ؛ إذ له السدسُ، ولجميع أولاد الأب والأم السدسُ، فحصتهم ناقصةٌ مع المساواة في القرابة.

فيقولُ الخَصمُ: كما لا يجوز أن يجعل الزيادة في القرابة سببَ الحرمان لا يجوز أن يُجعل سببَ النقصان، ولكن قيل: بطَلت قرابةُ الأم وصارت ممتزجةً بأخوة الأب، فلا تقتضي إلا العصوبةَ، وقياسُ العصوبة الاستغراقُ مرَّةً عند الانفرادِ، والحرمانُ عند استغراق ذوي الفرائض، وكذلك كثرة النصيب عند قلتهم، وقلتُه عند كثرتهم، فروعي قياسُه ولم تفرد قرابة الأم.

فنقول: إذا ظهر للعصوبة تأثير في أخذ ما بقي فلا ينظر إلىٰ مقدار الباقي، فإن ذلك منشؤه القلةُ والكثرة، فقد جُعِلَ قرابةُ الأم ساقطةً لظهور جهةٍ أقوىٰ منها، فجُعل تابعةً له؛ إذ أمكن العمل بالجهة القوية.

فأما إذا عجزنا عن العمل بالأقوىٰ فتعطيل قرابة الأم تابعًا لقرابةٍ عَجَزْنا عن العمل بها مما لا يقتضيها/ قياس تعطيلها عند عدم العجز، والأصل عدم [٢١٧/أ] التعطيل، فرجَعْنا إليه واقتصرنا في التعطيل علىٰ المتفق عليه.

❁ مَسْأَلَة: الجَدُّ لا يحجِبُ الإخوة بل يقاسِمُهم[١]؛ خلافًا له[٢].

فنقول: الأخوة جهة مورِّثة في نص الكتاب، فحَجْبُ المدلي بها إنما يستقيم بنصٍّ أو بالقياس على منصوصٍ، ولم يثبت حجب الأخ بالجد بالنصِّ، وإنما يحجب الأخ بالأب والابن وابن الابن، وليس الجد في

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ١٢٣/٨، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٩٤/٩، والوسيط، ٣٣٨/٤، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٩١/٩، ومغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ٢١/٣، وهو مذهب المالكية، والحنابلة، وهو قول عثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت. ينظر: المقدمات الممهدات، ٧٧٦/١، والذخيرة، للقرافي، ٦١/١٣، وشرح مختصر خليل للخرشي، ٢٠٢/٨، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٦٣٥/٤، ورؤوس المسائل الخلافية، ٧١٩/٢، والمغني، ٦٥/٩، والمعاني البديعة في معرفة اختلاف اهل الشريعة، ١٩٢/٢.
وأصل المسالة عند الشافعية أن الجد يقوم مقام الأب والأب يحجب الإخوة، فالجد عندهم مقام الأب عند عدم الأب إلا في أربع مسائل:
الأول: إذا مات عن زوج وأبوين.
الثانية: إذا مات عن زوجة وأبوين.
ففي هاتين الصورتين لو كان معهم أب يكون للأم ثلث ما بقي ولو كان بدل الأب جدٌّ، فللأم ثلث المال كاملًا.
الثالثة: الأب يحجب الإخوة والجد لا يحجب إلا الأخ للأم ويقاسم الباقين.
الرابعة: الأب يحجب أم نفسه والجد أيضا يحجب أم نفسه ولكن لا يحجب أم الأب لأنها زوجته. ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٩٤/٩، والوسيط، ٣٣٨/٤.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٨٠/٢٩، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٣٠/٦، والبحر الرائق، ٥٥٨/٨، وذهب إليه أبو بكر، وأبو موسى الأشعري، وأبو هريرة، وأبو الدرداء، وأبو الطفيل عامر بن واثلة، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن الزبير، وعبادة بن الصامت، وعمران بن الحصين، ومعاذ بن جبل، وجابر بن عبد الله، وأبي بن كعب وعائشة وهو مذهب عطاء، وابن المسيب، ومجاهد، ينظر: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، ٧٩٨/٢، والمعاني البديعة في معرفة اختلاف اهل الشريعة، ١٩٢/٢.

معنىٰ واحدٍ منهم، فلم يمكن قياسُه عليهم، وبقي سبب الأخوة مفيدًا.

※ **فإن قيل:** لَسْنا نأخذ حَجْبَ الأخ بالجد من نسب الجد بالابن وابن الابن؛ بل نأخذ من تشبيهه بالأب، فإن الجد عند عَدَم الأب بمثابة الأبِ، وتحقيقُه: أن حَجْبَ الأخ بالأب لا يخلو إما إن كان لقُرْبِه فإنه يُدلي بنفسِه والأخُ يدلي بواسطة، أو لكونه جزءًا منه، باطلٌ أن يقال هو لإدلائه بنفسه؛ لأن ابن الابن وإن سفل يحجُبُ الأخَ، وهو يدلي بوسائطَ، ولكنه بعضٌ، فدل أن الترجيح بالبعضية، وهذا متحقِّق في الجدِّ؛ فإنه بعضُه علىٰ ترتيب عمود النسب، وكونُه سببَ السببِ؛ فإنَّ ابن الابن لما كان علىٰ عمود النسب كان في معنىٰ الابن في كل الأحوال، فأبو الأب ينبغي أن يكون في معنىٰ الأب؛ لأن نسبةَ أبي الأب إلىٰ الأب في جهة العلوِّ كنِسبة ابن الابن إلىٰ الابن في جهة السُّفْلِ، وعلىٰ الجملة البنوة نسبة يوازيها الأبوة، فمن كان ابنًا لشخصٍ كان ذلك الشخصُ أبًا له، وابنُ ابنِ الشخص ابنُه، فكان هو أباه لا محالةَ.

۞ **قلنا:** وبما تنكرون علىٰ من يقولُ: رجُح الأب علىٰ الأخ لا لإدلائه بمحض البعضية؛ بل للبعضية المتأكدة بالقرب وانتفاء الواسطة، ورجح ابن الابن للبعضية المتأكدة بقوةِ البُنوَّةِ؛ فإن جهة البنوة لها قوةٌ تزيد علىٰ قوة الأبوة مع شمول البعضية، ولذلك يصيرُ الأب بالابن صاحِبَ الفرض، وتكون العضوية للابن، ومهما رَجَّحَ الشرع مُدليًا بقوتين متظاهرتين علىٰ شخصٍ كيف نتجاسر علىٰ أن نلحق به المدليَ بقوة واحدة، ولو جاز ذلك لجاز أن يقدم علىٰ الأخ الجَدَّةُ أمُّ الأب؛ لأنها بعضٌ، ولكن قيل:

كيف تقاس الجدة على الأب والأبُ بعضٌ وعصبةٌ، والجدة بعضٌ لا عصوبةَ لها، وللعصوبة قوةٌ، فإذا جاز أن يضاف إلى البعضية العضويةُ جاز أن يضاف إليهما القُرْبُ أيضًا.

❊ فإن قيل: الجدُّ نازلٌ منزلة الأب عند عدمه شرعًا في الولايات وعضوية الميراث وغيره؛ فكيف لا يكون بمثابته في حجب الأخ؟

❁ قلنا: وهذا يعارضه أنَّ الأخَ نازلٌ منزلةَ الابن عند عدم الابن في قوة التوريث، ولذلك يعصِّب أخته؛ بخلاف العم وابنِ الأخ، وأنَّ الذكر منهم يستغرقُ، وللأنثى الواحدة منهم النصفُ وللثِّنْتَينِ الثلثان، وللأبعد مع الأدنى السدسُ تكملة الثلثين؛ كما في جهة البنوة، وينعكس ذلك في أخوة الأم، فكذلك[1] يسقُطون بالجدِّ، وعلى الجملة القوة متقاومة في العضوية؛ فإنهما يُدليان إلى الميت بشخص واحدٍ، يزعم الجد أنه أبو الأب، والأخُ أنه ابنُ الأبِ، فالواسطة هو الأبُ، والأخ يدلي ببنوته/، والبنوة إن لم تقدَّمْ [٢١٧/ب] على الأبوة فلا أقَلَّ من مقاومتها، وقولُهم: إن الجد كالأب في الولايات؛ قلنا: وليس كالأب في الميراثِ؛ بدليل أنه لا يَرُدُّ الأم إلى ثلث ما يبقى؛ لأن الأب إنما يردها إلى ثلثِ ما يبقى ليكون المال بينهما للذكر مثلُ حَظِّ الأنثيين، فإنهما استويا في جهة الأصالة والقرب، والجدُّ لا يساوي الأبَ في القرب، فلم يُمْكِنْه ردُّ الأم إلى ثلث ما يبقى، فكذلك لا يمكنه حَجْبُ الأخ عن الكلِّ؛ لأنه لا يساوي الأب في القرب، والترجيحُ منوط بالعصوبة والبعضية مع القربِ؛ فلا يناطُ بالبعضية المجردة.

---

(١) كذا في الأصل، وجاء مصححاً على صيغة التعليل: فلذلك. والله أعلم.

❊ **فإن قيل:** ادَّعيتم أن النظر متقاوم في الترجيح؛ فالمرجِّحُ والقاضي بالحَجْبِ عليه الدليلُ فَبِمَ تنكرون علىٰ من يقولُ: الدليل عليكم؛ لأنكم ورَّثْتُم الأخ في هذه الصورة ولم يثبت في الشرع كونُ الأخ وارثًا بل ثبَت كونه وارثًا حيثُ لا يكون معه الجدُّ؟ فمَن أراد أن يورثه مع وجود الجد فعليه الدليلُ.

۞ **قلنا:** هذه مقاومةٌ لَفظيةٌ خارجة عن الإنصاف.

فإنا نقول: إذا ثبت أن الأخ وارثٌ، وأن الجد وارثٌ، كل واحد عند الانفراد ثم اجتمعا في فريضة ولم يَبْقَ ترجيحُ أحدهما علىٰ الآخر، وتحيَّرْنا في الترجيح، فما الذي يقتضيه الأصلُ؟ أيقتضي توريثَهما أو حجبَهما أو التحكُّمَ بحَجْبِ أحدهما دون الآخر؟ فلا شك في الرائي توريثَهما والخصم يعترف به إن لم يبِنْ له وجهُ الترجيحِ، فالحكم بالحَجْبِ هو المفتقر إلىٰ ترجيحٍ، والقول في الترجيح متقاوم، فبَقِيَ أصلُ التوريث، والدليل عليه أنَّ عَدمَ العلم بالمرجح كافٍ لمذهبنا، وعدم العلم بالمثبِتِ مع الجدِّ لا يكفيهم لإسقاط الأخ؛ فإن هذا ينقلِبُ في الجد لا محالة.

❊ **فإن قيل:** قد اعترفتم بترجيح الجد علىٰ الجملة، فإنَّ الثلثَ إن كان خيرًا له ـ أو السُّدسَ في بعض الصور ـ خُصِّصَ به؛ وهذا نوعُ تقديمٍ.

۞ **قلنا:** ليس هذا تقديمًا في العصوبة، والنزاع واقع في العصوبة، وإنما ذلك تخصيص بالتقدير والفرض، فالجدة قد ترث مع الأخ بالفرضية، وذلك لا يصدم ما قصدناه في جهة العصوبة، ومستنَدُ الفرض والتقدير النقلُ والتوقيف واتباع الصحابة فيه، وهو بعيد عن منهج العصوبة، والله أعلم.

❀ **مَسْأَلَة: إذا اجتمعت قرابتان مِن نكاح المجوس أو من الوطء بالشبهة؛ فإن كانتا مما يجوِّزُ الشرعُ التوصلَ إلىٰ جمعِهما ورَّثْنا بهما، وإن كان لا يجوِّزُ الشرعُ التوصلَ إلىٰ جمعهما قصدًا ورَّثنا بأقواهما**[1]، وقال أبو حنيفة: يورث بهما[2]، ومن صور المسألة: أن يطأ الرجل ابنته، فإذا أتت بولد كانت هي للولد أمًّا وأختًا لأبٍ، فالتوريث بالأمومة. **والمعتمد في المسألة:** أن الجَمْعَ في التوريث بين القرابتين حكمٌ شرعيٌّ لا يعرف إلا بدليلٍ شرعيٍّ، وهو النص أو القياس علىٰ منصوصٍ، ولا نصَّ ولا أصلَ يُقاسُ عليه؛ لأنه إما أن يقاس علىٰ الجَمْعِ في حق ابن العم الذي هو أخٌ لأمٍّ أو زوجٌ، وليس في معناه؛ مِن حيث إن ذلك مما يجوِّزُ الشرع التوصلَ إلىٰ تحصيله، فالجمع بينهما سببٌ شرعي، والأسباب/ الشرعية مورِّثةٌ؛ [٢١٨/أ] بخلاف ما نحن فيه، وانضم إليه أيضًا أن ذلك جَمْعٌ بين الفرضية والعصوبة، وليس جمعًا بين تقديرين في حق شخص واحد، وهذا في الصورة التي فرضناها يؤدي إلىٰ الجمع بين التقديرين، وأما أن يقالَ: لا حاجة إلىٰ القياس؛ إذ ثبت أن الأمومة بمجردها تؤثِّرُ، وأن الأخوة بمجرها تورِّثُ، وقد اجتمعتا، فليترتب علىٰ السبب المسبَّب بعد أن بان أن القرابة الحاصلةَ بنكاح المجوس والوطء بالشبهة تورِّثُ، وإن لم تَرْعَ المجوس

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ١٦٤/٨، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٤٧٨/١٩، والوسيط، ٣٥٧/٤، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٦٨/٩، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٦/، وهو قول مالك. ينظر: المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، ١٨٦/٢.

(٢) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١٧٣، والمبسوط، للسرخسي، ٣٤/٣٠، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٣٢/٦، ومجمع الأنهر شرح ملتقىٰ الأبحر، ٥٢٩/٢، والدر المختار، ٧٩٩/٦، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: المغني، ١٦٦/٩، وكشاف القناع، ٤٧٨/٤.

شرطَ الشرع في النكاح، فمَن يَدفع مُوجَبَ السبب مع جريان السبب فهو المطالَبُ بالدليل، وهذا لا وجه له، فإن الشرع جعل نكاح الكفار نكاح شبهة، وألحق نكاح الشبهة لشبهه بالحلال بالنكاح الحلال، والمشبَّهُ بالشيء لا يزيد عليه، والحلال لا يُتصوَّرُ فيه التوصل إلىٰ الجمع بين الأخوة والأمومة، ولا التوريثُ به فيه، فكيف يزيد عليه؟

❊ **فإن قيل**: إذا ثبت التوريث بكل واحد مفردًا وإن حصل بنكاح المجوس علىٰ غير وجهه أو بالوطء بالشبهة فقد بان أن الشرع ألحق قرابتهم بقرابة حصَل بنكاحٍ صحيحٍ، ولو اجتمع قرابتان بجهة صحيحة لورث بهما، فكذلك فيما نُزِّلَ منزلته.

۞ **قلنا**: المفرد مشبهٌ به، والمشبه بالشيء لا يزيد عليه، والتوريث جمعًا إنما عُهد في الصحيح بقرابتين يجوز التوصل إليهما قصدًا بحالٍ، وهذا مما لا يجوز التوصل إليه قصدًا، فلم يكن مشروعًا بحالٍ، والأحكام الشرعية لا تُستفاد إلا من أسباب مشروعةٍ، والجمع غيرُ مشروع.

❊ **فإن قيل**: إذا شُرِعت الأمومة مفردًا والأخوةُ مفردًا، فالجمع بينهما لا يزيد عليهما.

۞ **قلنا**: شُرِعَ كلُّ واحد منهما مفردًا علىٰ البدلِ مِن الآخر، ولم يشرع الجمعُ، وقولكم: الجمع لا يزيد علىٰ الإفراد؛ مُناكَرةٌ للمعقول، وأقربُ أمرٍ إليه أن الأخت للأب تستحق النصفَ، والأختَ للأم السدسَ، ثم لو اجتمعتا في شخص فصرف صارفٌ الثلثين إليهما مصيرًا إلىٰ أن الجمعَ لا يزيد علىٰ الإفراد، سُفِّهَ في عقله، فدل أن الجمع بين التقديرين مستبعدٌ لا

يقاومه أفرادُ آحادِ القرابات ؛ هذا مأخذ الشافعيِّ المطردُ المنعكسُ في جميع المسائل ، لا مأخذ له سواه.

ثم إذا ثبت أن المفرد سببٌ شرعيٌ وليس الجمعُ شرعيًا ، فيتعين سلوك مسلك الترجيح ، ولنا في الترجيح مسالكُ ليس للخَصمِ أن يخوض فيها بعد أن قام الدليل علىٰ وَجْهِ أصل الترجيحِ ؛ لاستحالة اعتبار الجمع مع وجوب اعتبار الآحاد.






مَسَائِلُ الوَصَايا

❦ **مَسْأَلَة: إذا أَوْصَىٰ لعالمٍ مثلًا مِن مالِه بالنصفِ، ولجاهلٍ بالثلثِ، وردَّتِ الورثةُ الوصايا، قُسِمَ الثلثُ بينَهما علىٰ نسبةِ الأخماس**(١)، وقال أبو حنيفةَ: يتزاحمان في الثلث علىٰ التساوي(٢)، **والمعتمدُ أنَّ للموصي قَصْدانِ**(٣)؛ أحدهما: زحمةُ الورثة عن بعض الثلثين، والآخر تفضيل العالِمِ

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٢٠٦/٨، والمهذب، للشيرازي، ٣٥٢/٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٨٧/١١، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٢١٧/٦، وهو مذهب المالكية والحنابلة، ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ١٠٣/٢، والذخيرة، للقرافي، ١٢٠/٧، والكافي، لابن قدامة، ٢٧٨/٢، والمبدع، ٨٠/٦.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٦٨/٧، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤٧٥/٨، والدر المختار شرح تنوير الأبصار، ص٧٣٦.

(٣) كذا في الأصل، والجادة: «قصدين» اسم إن موخرًا، والمثبت يتخرج علىٰ لغة من يلزم المثنىٰ الألف، وهم جماعة من العرب منهم بنو الحارث بن كعب وبنو العنبر وبكر بن وائل وغيرهم، يعاملون المثنَّىٰ والملحق به معاملة الاسم المقصور؛ فيعربونه بحركاتٍ أصليَّة مقدَّرة علىٰ الألف، رفعًا ونصبًا وجرًّا، فيقولون مثلًا: هذا أبا سنان، ورأيتُ أبا سنان، ومررت بأبا سنان.

ومن شواهد هذه اللغة: قولُهُ تعالىٰ: ﴿إِنَّ هَٰذَانِ لَسَٰحِرَٰنِ﴾ [طه: ٦٣]، بتشديد نون «إنَّ»، و«هذان» بالألف، وهي قراءة العشرة إلا حفصًا وابن كثير وأبا عمرو، ومن الحديث ـ غير هذا الحديث ـ قول بعض الصحابة: «وفرقنا اثني عشر رجلًا». ومن كلام العرب: «ضربْتُ يداه، ووضعتُهُ علاه» يريد: يدَيْهِ، وعلَيْهِ، وقولُ بعضهم: «لو استطعتُ، لأتيتُك علىٰ يَدَايَ»، ومنها قول القائل: =

علىٰ الجاهل، والغرضُ من فرض الكلامِ في العالم أن يتضح قَصدُ التفضيل، وإلا فقصدُ تفضيل الجاهل أيضًا لو فُرِضَ فهو نافذٌ، وللوارث أن يدفَعَ قصدَه المتعلِّقَ به بالردِّ، ولا يؤثِّرُ ردُّه في كل قصدٍ لا يتعلَّقُ به/، فيبقىٰ مُعتَبرًا في التفاضل في الثلث؛ كما إذا أوصىٰ للعالم بالربعِ، وللجاهل بالسدسِ؛ فإنهما يتفاوتان في طَوْرَيِ الردِّ والإجازة، وكذلك إذا أوصىٰ للعالمِ بألفٍ، وخمسِمائةٍ، وللجاهل بألفٍ، ومجموعُ ماله ثلاثةُ آلافٍ؛ فإنه سَلَّمَ أنَّهما يتفاضلان عندَ الردِّ كما يتفاضلان عند الإجازة.

[٢١٨/ب]

❊ فإن قيل: هذا منقوضٌ بما لو أوصىٰ بجميع ماله وبمِثله للعالم، وللجاهل بجميع مالِه؛ فإنه قصد تضعيفَ حقِّ العالم، ثم إذا رُدَّتِ الوصايا تزاحَمَا في الثلث علىٰ السويَّةِ، وقيل: قصدُه فاسدٌ؛ لأنه قصد التفضيل بتمليك ما ليس له، والتفضيلُ تَبَعُ التمليك، فإذا بطَل التمليكُ بطَل التفضيلُ، فكذلك ها هنا قصد التفضيلَ بما زاد علىٰ الثلث، وما زاد علىٰ الثلث ليس له؛ بالإضافة إلىٰ حالة الرد؛ بل جَعَلَ الشرعُ له في آخرِ عمرِه ثلثَ ماله، فالثلث في حقِّه كلُّ محَلِّ حقِّه، والزيادةُ علىٰ الكلِّ مُصادِفٌ حقَّ الغير، فالتفضيل بتمليك حق الغير باطلٌ؛ كالتفضيل بالزيادة علىٰ الكلِّ، وينعكِسُ هذا في الربع والسدس؛ فإنَّ في مالِه ـ وهو الثلثُ ـ مجالٌ[1] لكلِّ

= إن أباهــــا وأبــــا أباهــــا قــد بلغــا فــي المجــد غايتاهــا

ولها شواهد من الشعر كثيرة، وانظر هذه اللغة وشواهدها في: شرح التسهيل، ٦٢/١ ـ ٦٣)، والتذييل والتكميل، ٢٤٥/١ ـ ٢٤٨، وشرح الأشموني، ٨٤/١ ـ ٨٥، وشرح المفصل لابن يعيش، ١٢٨/٣ ـ ١٢٩، وهمع الهوامع، ١٤٥/١ ـ ١٤٧، والبحر المحيط، ٢٣٨/٦، ومعجم القراءات القرآنية لعبد اللطيف الخطيب، ٤٤٨/٥ ـ ٤٥٣.

(١) كذا في الأصل؛ بحذف ألف تنوين النصب؛ علىٰ لغة ربيعة، وتقدم التعليق عليها بالتفصيل. =

واحد علىٰ الانفراد، فصَحَّ التمليك والتفضيلُ، ووَجَب التضاربُ عند الزحمة؛ كما لو أوصىٰ لواحدٍ بالكلِّ، ولآخَرَ بالكلِّ؛ فإن الوصايا تتكَرَّرُ علىٰ الكلِّ، فكذلك تتكَرَّرُ علىٰ الثلث، فإنه كلُّ ماله، والثلثُ قَطُّ لا يتَّسِعُ للتصرف كما لا يتسع للزيادة علىٰ الكلِّ، وبخلاف ما إذا أوصىٰ بألف وخمسمائة والمال ثلاثُمائةٍ، فإنَّه ربَّما يَزيدُ المالُ فيكونُ الثلثُ متسعًا له؛ فلم يتعيَّنْ للبطلانِ.

والجوابُ: أنَّ قَصْدَ الموصي مُعتَبَرٌ ما لم يُبْطِلْ حقَّ الورثة، وقد صحَّ ها هنا قصدُ التفضيل؛ بخلاف ما إذا أوصىٰ بالزيادة علىٰ الكلِّ، فإنه قصد محالًا يُسَفَّهُ فيه، ولا يتصور له نفوذٌ بحالٍ، وقصدُ الإيصاء بالنصف قَصْدٌ صحيح يُتوقع أن يسلَمَ عن البطلان، فصحَّ باعتبار هذا التوقُّعِ؛ حتىٰ يسلَمَ عند الإجازة؛ كما إذا أوصىٰ بألفٍ وخمسمائةٍ، والثلثُ قاصرٌ عنه، فإنه فُقِدَ فيه القصدُ الصحيحُ؛ إذ يُتصور أن يكون وافيًا إن زاد المالُ، فإن لم يزِدْ فيُعتبرُ القَصْدُ للتفضيل، فكذلك يُتصور نفوذُه عند الإجازة واتِّساع المجال به، فإنه لم يتَّسِعْ فيبقىٰ قَصْدُ التفضيل في التزاحم[1].

❊ **فإن قيل:** معنىٰ رَدِّ الورثة ردُّ الوصايا إلىٰ الثلث وحصْرُها فيه؛

(١) والمعوَّلُ في ألفاظ الوقف والوصية وسائر التصرفات المضافة إلىٰ ما بعد الموت، هو مراعاة قصد الموصي أو الواقف إذا كان لفظه محتملًا، قال أبو الوليد بن رشد: «لا اختلاف في أن الألفاظ المسموعة إنما هي عبارة عما في النفوس؛ فإذا عبر المحبس عما في نفسه من إرادته بلفظ غير محتمل، نص فيه علىٰ إدخال ولد بناته في حبسه، أو إخراجهم منه؛ وقفنا عنده ولم يصح لنا مخالفة نصه، وإذا عبر عما في نفسه بعبارة محتملة للوجهين جميعًا، وجب أن نحملها علىٰ ما يغلب علىٰ ظننا أن المحبس أراده من محتملات لفظه بما يعلم من قصده؛ لأن عموم ألفاظ الناس لا تحمل إلا علىٰ ما يعلم من قصدهم واعتقادهم، إذ لا طريق لنا إلىٰ العلم بما أراده المحبس إلا من قِبَلِه». ينظر: المقدمات الممهدات، ١/٦٠١.

كأنه ثلثُ ماله، فيتكرر عليه بعد أن كان ينْبَسِطُ علىٰ الجميع، ثم التكرُّرُ في حق شخصين معتَبرٌ، وفي حق شخص واحدٍ معطَّلٌ؛ كما إذا أوصىٰ لألفٍ مثلًا لكلِّ واحدٍ بكل ماله اعتُبِر، ولو أوصىٰ لشخْصٍ واحد بكل ماله ثم بكلِّ مالِه أو بِنصف مالِه، لم يكن للزيادةِ أثَرٌ؛ لأنه تَكرارٌ في حق شخص واحد، فكذلك الوصايا إذا رُدَّتْ إلىٰ النصفِ؛ فالربع والسدس وكلُّ الأجزاء يتكرَّرُ علىٰ الثلث؛ فيُتَّسَعُ له، والنصف يستغرِقُ الثلثَ جميعَه ونِصفَه مرةً أخرىٰ/، [١/٢١٩] فكأنَّه أوصىٰ له بكل حقِّه وبنصفه، فيُلْغىٰ ولا يظهر له تأثيرٌ، وبهذا يُفارِقُ الوصيةَ المرسلةَ؛ فإنه لو أوصىٰ لإنسانٍ بألفين وليس له إلا ألفٌ، ولآخَرَ بألفٍ: يتفاضلانِ، ولا يقالُ: إنه أوصىٰ له بجميع ماله وبمِثلِه فتلغو الزيادةُ ويتساويانِ؛ لأن الكل والثلث يجوز أن يتَّسِع للألْفِ والألفين، فلم يكن بطلانه ضروريًّا، والكُلُّ لا يتسع للضِّعفِ، والثلثُ لا يتَّسِعُ للنصف ضرورةً علىٰ وجهٍ لا يختلف باختلاف الأحوالِ، فرَدُّ الوَرَثةِ حَصْرٌ للنصف في الثلث، فيكون متناولًا له وعائدًا إلىٰ نِصفه مرةً أخرىٰ، فالعَوْدُ إلىٰ ما استوفي بالوصية في حقِّ شخصٍ واحدٍ باطلٌ لا محالةَ.

❁ قلنا: لا؛ بل تقديرُ ردِّ الورثة حَصَر الوصايا في الثلث حتىٰ يصيرَ الرجلُ مستوفيًا جميعَ ثُلُثِه بالوصية من كل جزءٍ منه لأحدهما بالنصف ولآخر بالثلثِ، فكأنَّه أوصىٰ من الثلث لأحدهما بالنصفِ ولآخرَ بالثلث، فبَقِيَ سُدُسٌ، فأوصىٰ من ذلك الباقي كذلك، فيبقىٰ سدسٌ آخرُ، فأوصىٰ كذلك؛ إلا أنَّ هذا الحساب لا ينقطع إلا بحفظ النسبةِ، فيقالُ: نسبة الثلث من النصف نسبةُ الأخماسِ، فما يبقىٰ يُقسَمُ علىٰ نسبة الأخماس، فيكون الكلُّ مقسومًا علىٰ نسبة الأخماس، وهذا التقدير أَوْلىٰ؛ إذ فيه المحافظة علىٰ قصد الموصي

في التفضيل، وهو غَرَضٌ صحيحٌ لا يُناقِضُ عَرْضَ الورثةِ، فلا سبيل إلىٰ إبطاله ما أمْكَنَ.

❃ **مَسْأَلَة: الوصيةُ للقاتلِ صحيحةٌ في أحد الأقوال**[1]؛ خلافًا له[2]؛ لأنه عَقْدُ تمليك؛ إذ الوصيةُ صَدَقةٌ أو هِبة؛ إلا أنها أَوْسَعُ بابًا، والقتل إنما ينافي الإرثَ، وليس هذه وراثةً بل هو تملُّكٌ بتمليك يفتقر إلىٰ القبولِ، فلم يكنْ في معنىٰ المنصوص.

❃ **فإن قيل:** حِرمانُ الوارث بالقتل معقولٌ، وهو أن استحقاقه معلَّقٌ بالموت، وقد حَصَلَ الموتُ بقتلِه، ولا شَرْعَ يُقَدِّرُ إعدامَ فِعل المتلِفِ في حقِّه، ويُقَدِّرُ المتلَفَ قائمًا مؤاخذةً له، واستحقاق الموصىٰ له أيضًا معلَّقٌ

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ١٩١/٨، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٦٢/٨، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١٠٧/٦، وهو قول مالك في القتل العمد إذا أوصىٰ المقتول بعد قتله، بأن يكون في حياته بقية بعد اعتداء القاتل، ففي المدونة: «إن قتله عمدًا لم تجز الوصية التي أوصىٰ له بها إذا كانت الوصية قبل القتل في مال ولا في دية، إلا أن يكون قد علم أنه قتله عمدًا، فأوصىٰ له بعد علمه فإن ذلك جائز»، ورواية عن الإمام أحمد، وهو المعتمد في مذهبه. ينظر: المدونة، ٤٣٧/٤، والتلقين، ص٥٥٣، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢٣٣/٧.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٧٧/٢٧، وبدائع الصنائع، ٣٣٩/٧، والاختيار لتعليل المختار، ٦٣/٥، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٢٠/٦، وهو القول الآخر عند الشافعية. ينظر: الحاوي الكبير، ١٩١/٨، وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل، والمتحصل عندهم ثلاثة أوجه: الصحة مطلقًا. اختاره ابن حامد. وعدمها مطلقًا. اختاره أبو بكر، والفرق بين أن يوصىٰ له بعد الجرح: فيصح، وقبله: لا يصح. وهو الصحيح من المذهب. ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢٣٣/٧.

بالموت، ولا شك في أن حرمان القاتل عن الإرث نوعُ مؤاخذةٍ معقولةٍ في منهج السياسات، فعلِّل بحرمان ثمرة الموت؛ لأنه غيرُ مُحِقٍّ في تحصيل الموت، فصار ما ليس بحق في حقه كالعدم.

❁ **قلنا:** هذا منقوضٌ بالمستولدة إذا قتَلَتْ سيدَها، ومَن عليه الدَّينُ المؤجلُ إذا قتله مُسْتَحِقُّ الدَّينِ؛ فإنَّ الاستحقاق يحصُلُ بالموتِ الحاصل بقتلهِ.

❊ **فإن قيل:** لأن الموت ليس سببًا للعِتقِ ولا للدَّينِ؛ بل الدَّينُ بالسبب السابق عند انتهاءِ الأجل، والعِتقُ بالاستيلاد عند انقضاء العمر، وإذا قطَع الشرعُ ثَمَرةَ سَبَبِ تمكُّنِ العُدوانِ منه، لم يَلْزَمْ قَطْعُ ثمرةِ سبب جرىٰ علىٰ السَّداد، ورجع العدوانُ إلىٰ قَطْعِ مانعٍ ومُوخِّرٍ لحكمِه.

❁ **قلنا:** إن رضيتم بهذا القدر فالموت ليس سببًا لاستحقاق الموصىٰ له؛ بل سببه التمليك بالإيجاب والتملُّكُ بالقبولِ، ولكن أضيف الإيجاب إلىٰ وقتٍ، فكان كما إذا قال لزوجته: إذا جاء رأسُ الشهر فأنتِ طالقٌ علىٰ ألفٍ. فلا نقولُ: مجيء رأس الشهر هو السببُ؛ بل السبب إيجابُه عند رأس الشهرِ، ثم بِمَ تُنْكِرونَ علىٰ/ من يُضيفُ إلىٰ معنىٰ الذي ذكرتموه مناسبةَ [٢١٩/ب] القتلِ لقَطْعِ الإرثِ مِن حيثُ قَطْعُ الموالاة؛ الذي هو فَقْدُ التوريثِ بأسباب التوريث؟ ولهذا لم يَرِثِ الرقيقُ والكافرُ لانقطاع الموالاة ظاهرًا، والقتلُ ضِدُّ الموالاة؛ إذ معنىٰ المولاة التعاونُ علىٰ أسباب البقاء، ودَفْعُ أسباب الفناءِ، فكيف لا يكونُ الإفناءُ والاهلاكُ مناقضًا له، وهذا مناسبٌ له، والوصية لا تستدعي الموالاةَ.

ولا يندفِعُ هذا الكلامُ بقول القائلِ: الجنينُ في البطن يَرِثُ، والمكاشِحُ[1] المعُادي يرِثُ؛ لأن الشرعَ قد لا يلتفِتُ إلىٰ أحوالٍ تَضْطَرِبُ؛ كالمكاشحة والموافقة؛ فإنها علىٰ التعارضِ، فلا ضَبْطَ لها، فيُنظر إلىٰ السببِ، والحَمْلُ مصيرُه إلىٰ الوجود؛ فكأنه كائنٌ مِن وجهٍ، فبإعراض الشرع عن التفاصيلِ لا يُوجَبُ قَطْعُ النظر عن الأسباب الموثوقِ بها، والقتلُ إعدامٌ للموالاة قطعًا، فلا يبعد أن يعتَبِرَه الشرعُ وإن لم يَعْتَبِرْ ما يتطرَّقُ إليه الاضطرابُ، وعلىٰ الجملة مهما أثبت حُكمٌ مَقْرونٌ بسببٍ يناسبه ضربًا من المناسبة، فربطه بما يعرىٰ عن تِيكَ المناسبةِ تجاسُرٌ علىٰ الشرع لا وَجْهَ له[2].



(١) المكاشح: المعادي. والكاشح: العدو، أو الذي يضمر لك العداوة. ينظر: العين، مادة [كشح]، ٣/٥٧، الصحاح، مادة [كشح]، ١/٣٩٩.

(٢) أما الحنفية فلم يتجاسروا ـ علىٰ حد وصف المصنف ـ في تجاوز المناسبة التي ربط بها الشارع حرمان القاتل من الوصية، ووجه قولهم أن بطلان الوصية للقاتل مقيس علىٰ بطلان الوصية للوارث؛ لأن بطلان الوصية للوارث لدفع المغايظة عن سائر الورثة، وبطلان الوصية للقاتل لهذا المعنىٰ أيضًا، فإنه يغيظهم أن يقاسمهم قاتل أبيهم تركة أبيهم بسبب الإرث أو بسبب الوصية، وفي هذا المعنىٰ لا فرق بين أن تتقدم الوصية علىٰ الجرح أو تتأخر عنه، وبهذا المعنىٰ أيضًا فارق وصف القتل وصفَ الرق والكفر، فإن الحرمان بهما لانعدام الأهلية للولاية لا لدفع المغايظة عن سائر الورثة، ولا معتبر بالأهلية للولاية في الوصية، فتبين بذلك المناسبة التي تمسك بها الحنفية في إبطال الوصية للقاتل مطلقا، ثم متمسكهم أيضًا بعموم قوله ﷺ: «لَيْسَ لِقَاتِلٍ شَيْءٌ» وهو وإن كان ورد علىٰ سبب خاص ـ في الميراث ـ إلا أن المعنىٰ بين الميراث والوصية واحد كما تبين، فوجب التمسك بعموم لفظه ﷺ، ولأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. ينظر: السنن الكبرىٰ للنسائي، رقم (٦٣٣٤)، والمبسوط، للسرخسي، ٢٧/١٧٧.

❁ **مَسْأَلَة: مَن ليس له وارثٌ معيَّنٌ لم ينفُذْ[1] وصيَّتُه إلا في الثُّلث[2]؛ خلافًا له[3].**

فنقولُ: تصرَّفَ فيما لم يُعْطَ فلا ينفُذُ؛ فإن قالوا: لِمَ؟

❁ قلنا: الموتُ سبب لزوال الملك، والوصية إضافةٌ للتصرف إلىٰ ما بعد الموت، فهو تصرُّفٌ فيما لا يملِكُه، ولكن أعطاه الله ثُلُثَ مالِه لقوله ﷺ: «إِنَّ اللهَ أَعْطَاكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي

---

(١) كذا في الأصل؛ بإلحاق علامة التذكير بالفعل؛ مع أن الفاعل مؤنث؛ وهو مرجوح، والراجح التأنيث، وقد ذكر النحويون أن الفعل يجوز تأنيثه وتذكيره، ويكون التأنيث أولىٰ وأرجح؛ إذا أسند إلىٰ جمع غير جمع المذكر السالم؛ وهي ثلاثة جموع؛ الأول: جمع التكسير لمذكر؛ كـ «الأكاذيب»، و«الرجال». والثاني: جمع التكسير لمؤنث، كـ «الهنود» جمعا لـ «هند». والثالث: جمع السلامة لمؤنث؛ كـ «الهندات»؛ فتقول: قامت الرجال، وقام الرجال، وهذا أيضا هو حكم الفعل عند إسناده إلىٰ الاسم الظاهر المفرد مجازي التأنيث كالوصية، يقال: نَفِذَت الوصيةُ، ونَفَذَ الوصية؛ وسواء في ذلك كله اتصل الفعل بالاسم المسند إليه أو انفصل عنه بغير «إلا». انظر: شرح شذور الذهب لابن هشام، ص٢٠٠ ـ ٢٠٣، وأوضح المسالك ٢/١٠٤ ـ ١٠٦، وشرح التصريح لخالد الأزهري ١/٤٠٩ ـ ٤١٠، وشرح ابن عقيل، ١/٤٣٦ ـ ٤٣٨.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير، ٨/١٩٥، والتنبيه، للشيرازي، ص١٤٠، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٠/١٠، والوسيط، ٤/٤٢٠، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٦/١٠٨، وهو قول المالكية، ورواية عن الإمام أحمد وعليها المذهب، وقول ابن حزم. ينظر: المقدمات الممهدات، ٣/١١٧، وبداية المجتهد، ٢/٢٧٣، والذخيرة، للقرافي، ٧/٣٢، ومسائل الإمام أحمد، للمروزي ٨/٤٢١٧، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٧/١٩٣، والمحلىٰ بالآثار، ٩/٣١٧.

(٣) ينظر: النتف في الفتاوىٰ، للسغدي، ٢/٨٧٣، والمبسوط، للسرخسي، ٢٩/١٨، وبدائع الصنائع، ٧/٣٧٠، وهو رواية عن الإمام أحمد. ينظر: رؤوس المسائل الخلافية، ١/٩١٢.

أَعْمَالِكُمْ»[1]، فهذا القدْرُ مستثنًىٰ، والتصرُّفُ في الباقي باطلٌ.

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في المصنف، ٩/٥٥ (١٦٣٢٥) باب في وجوب الوصية، وابن أبي شيبة، ٦/٢٢٦ (٣٠٩١٧) باب ما يجوز للرجل من الوصية في ماله، وأحمد ٤٥/٤٧٥ (٢٧٤٨٢)، وابن ماجه ٢/٩٠٤ (٢٧٠٩) باب الوصية بالثلث، والبزار، ١٠/٦٩ (٤١٣٣)، والطبراني في الكبير، ٤/١٩٨ (٤١٢٩)، وابن حزم في المحلىٰ، ٩/٣٥٥، والبيهقي، ٦/٢٦٩، والخطيب في تاريخ بغداد، ١/٣٤٩، وقال البزار: وهذا الحديث قد روي عن رسول الله ﷺ من غير وجه وأعلىٰ من روىٰ ذلك عن رسول الله ﷺ أبو الدرداء، ولا نعلم له طريقًا عن أبي الدرداء غير هذا الطريق، وأبو بكر ابن أبي مريم وضمرة معروفان بنقل العلم قد احتمل عنهما الحديث. وقال في البدر المنير، ٧/٢٥٤ - ٢٥٧: «وهو يروىٰ من طرق: أحدها: من حديث أبي هريرة مرفوعًا: «**إِنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ؛ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ**». رواه ابن ماجه في «سننه» والبيهقي في «خلافياته»، ورواه البزار أيضًا في «مسنده»، وفي إسناده طلحة بن عمرو المكي (راويه) عن عطاء، عن أبي هريرة، وقد ضعفوه، قال أحمد: لا شيء، متروك الحديث. وليّنه البزار فقال: لم يكن بالحافظ.

ثانيها: من حديث معاذ بن جبل مرفوعًا: «**إِنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ؛ زِيَادَةً لَكُمْ فِي حَسَنَاتِكُمْ، لِيَجْعَلَ لَكُمْ زَكَاةً فِي أَمْوَالِكُمْ**».

رواه الدارقطني في «سننه» والبيهقي في «خلافياته» من حديث إسماعيل بن عياش (عن) عتبة بن حميد، عن القاسم، عن أبي أمامة، عن معاذ به. و«القاسم» هذا هو ابن عبد الرحمن، وفيه ضعف، و«إسماعيل بن عياش» ضعيف في روايته عن غير الشاميين، وهذا من روايته عن غيرهم فإنه عن عتبة بن حميد، وهو بصري، مع أن عتبة ضعفه أحمد.

ثالثها: من حديث أبي الدرداء مرفوعًا: «**إِنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ**».

رواه أحمد في «مسنده»، وفي إسناده أبو بكر بن أبي مريم؛ وفيه ضعف، يخلط كثيرًا، قال ابن حبان: رديء الحفظ، لا يحتج به إذا انفرد.

رابعها: من حديث الحارث بن خالد بن عبيد الله السلمي، عن أبيه، عن النبي - ﷺ - قال: «**إِنَّ اللهَ - ﷻ - أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ؛ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ**».

رواه الحافظ أبو موسىٰ الأصبهاني، وابن قانع في «معجم الصحابة»، لهما من حديث إسماعيل بن عياش عن عقيل بن مدرك عن الحارث به.

❊ **فإن قيل:** إنما خوطب به مَن له ورثةٌ معينون، فإنه قال في تمامِ الحديثِ: «**لَأَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ وَجْهَ النَّاسِ**».

❁ **قلنا:** الخِطابُ عامٌّ، وهذا الكلام جرىٰ مع سعدٍ؛ حيث استشعر نُفْرتَه عن المنعِ عن التصرُّفِ في الثلثين، فاسْتَماله بذكر حالَ ورثته وحاجتهم تطييبًا لقلبه لا تعليلًا به؛ بدليل أن الورثةَ لو كانوا أغنياء لم يختلِفِ الحكمُ ولكن أَعْربَ عن صورة حال المخاطَبِ، وعلىٰ الجملة: نقولُ أيضًا بأنْ يَدَعَ بَيتَ المالِ معمورًا أولىٰ مِن أن يدعه محتاجًا؛ فلا فرقَ[1].

= و«عقيل» هذا شامي؛ فإسناد هذا الحديث إذن جيد، لكن في «معرفة الصحابة» لابن الأثير: خالد بن عبيد الله ـ وقيل: عبد الله ـ بن الحجاج السلمي: مختلف في صحبته، روىٰ عنه الحارث: أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «**إِنَّ اللهَ أَعْطَاكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ**».
قال أبو عمر: إسناد حديثه هذا لا تقوم به حجة؛ لأنهم مجهولون. وتبعه الذهبي في «مختصره» فقال: خالد بن عبيد الله بن الحجاج السلمي مختلف في صحبته، وإسناد حديثه واه.
خامسها: من حديث أبي بكر الصديق، رفعه: «**إِنَّ اللهَ ـ ﷻ ـ قَدْ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ مَوْتِكُمْ**».
رواه العقيلي في «تاريخ الضعفاء» ثم قال: هذا باطل، لا يتابع عليه، رواه حفص بن عمر بن ميمون روىٰ عن الأئمة البواطيل، قال: وهذا الحديث قد روي عن طلحة بن عمرو عن عطاء عن أبي هريرة بهذا اللفظ، وطلحة ضعيف. وأشار إلىٰ الطريق الأول السالف. انتهىٰ.
وقد أورده الهيثمي في المجمع» ٤/٢١٢ وقال: إسناده حسن.

(١) وهذا تقرير من المصنف لمحل النزاع وجواب عنه، وبيان ذلك أن سبب اختلافهم هو قوله ﷺ لسعد بن أبي وقاص: «**الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ؛ إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِياءَ خَيْرٌ مِنَ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ**»، فالحنفية يرون أن الحكم هنا معلل بهذه العلة، وهو أن يدع=

※ **فإن قيل**: للوارث استحقاقٌ بسببِ القرابةِ فلأجله تسلَّط علىٰ الرَّد، وبيت المال لا استحقاق له، ولا وراثةَ له، وإنما يصرف المال إليه لكنه ضائعًا لا مالِكَ له، وإذا صرفه إلىٰ شخصٍ بوصيته فلا ضياعَ.

فالجواب: إنَّ هذا الحكم غيرُ مسلَّمٍ، فمن أين ثبَت أن لبيتَ[1] المالِ لا وِراثةَ له مع أنه جهةُ نُصرةٍ يتحمَّلُ العقلَ عند الحاجة؛ فهو جهةُ ولاية للمسلم، وجِهةُ حماية للذميِّ؛ وإن لم يتحمَّلْ عقلَه، فأيُّ بُعْدٍ في أن يكون حقُّه كحق الورثة؟! وكيف يكون سببُ الصرفِ إليه الضياعَ، ولو قتل مَن لا وارث له ثبَت لبيت المال حقُّ القصاص، وليس ذلك أمرًا ضائعًا يفوتُ؛ فدلَّ أن ما استبعدوه حينَ الاستحقاق لا وَجْهَ له.

※ **فإن قيل**: لا تصِحُّ الوصية للوارث، وصحَّ للمسلمين، ولا يرِثُ الرقيقُ والكافرُ والمعدوم عند موت المُورثِ إذا وُجِدَ بعدَه، ويجوز الصرف إلىٰ هؤلاء، فكيف يكون جهة وراثةٍ؟!

۞ **قلنا**: الاستحقاقُ لجِهَة الإسلام ومصالح المسلمين/ ؛ لا للأشخاصِ، [٢٢٠/أ] فالوصيَّةُ لشخصٍ لا يُلاقي الوارثَ؛ فإنه قد يُصرَف إلىٰ القناطر والرِّباطات، فالاستحقاقُ للجهة لا للأشخاص، ولذلك يجوزُ الصرف إلىٰ الرقيق والكافرِ؛ كما يجوز إلىٰ عمارة القناطرِ؛ إذ لا يُضاف الاستحقاق إلىٰ

= الوارث ورثته أغنياء، فإن لم يكن له وارث ارتفعت العلة التي من أجلها اقتصر الجواز علىٰ الثلث، وصار له أن يوصي بماله كله لمن أراد، والمصنف هنا يبطل كون الحديث معللًا بهذه العلة، بل إن الحكم عام غير معلل؛ بدليل أن الورثة لو كانوا أغنياء لم يختلف الحكم.

(١) كذا في الأصل، والأليق بالسياق وهو الموافق للمعنىٰ حذف اللام: (بيت). والله أعلم.

القنطرة، بل إلىٰ مصلحةِ الإسلام، وكذلك الرقيق والكافر لا يُصرف إليه الاستحقاق في عينه؛ بل هو محلُّ المصلحةِ والاستحقاقُ للجهة.



مَسْأَلَة: الموصىٰ إليه في نوعٍ من التصرف يقتصِرُ ولا يتعدَّىٰ[1]، وقال أبو حنيفة: يصير وصيًّا مطلقًا[2]، **والمعتمدُ** أنَّ الوصيَّ متصرفٌ بالتفويض، فيقتصرُ كالمُضارب والوكيلِ، **وتحقيقه**: أنه قبل التفويض لم يتصرَّفْ ولم يتجدد إلا التفويض، وكما أمره بالبعض فقد نهاه عن الباقي أو سكت عن الباقي، فبقِيَ ما لم يأمُرْ به بالإضافة إلىٰ التفويض كما قبل التفويض.

فإن قيل: نسبةُ التصرف إلىٰ التفويض كنسبة الحرية إلىٰ الإعتاق والبينونة إلىٰ الطلاقِ، ومن خصَّص الطلاقَ أو العِتاقَ بجزءٍ من المطلقة أو ببعض الزمان لم يقتصِرْ، فلم استبعدتم ذلك في مسألتنا؟

قلنا: السرايةُ إلىٰ الباقي ليس موجَبَ اللفظ، وإنما هو مُوجَبُ مُوجَبِ اللفظِ، فإنَّ ثبوتَه في البعض مع اتصافه بأنه لا يتجزَّأُ وابتنائه علىٰ السراية والغلبة أوجَبَ نفوذَه في الباقي، فليقُرِّرِ الخَصْمُ أنَّ الوِصايةَ لا تتجزأ وأنَّ مَبْناهُ علىٰ الغلبة حتىٰ يبتنىٰ له عليه السراية، فهو المُطالِبُ ببيانِه.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٣٣٩/٨، والوسيط، ٤٨٩/٤، وهو قول المالكية. ينظر الذخيرة، للقرافي، ١٦٣/٧.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١١١/١٤، وتحفة الفقهاء، ٢١٩/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٠٧/٦.

❊ **فإن قيل**: الوصاية ولايةٌ، والولاية لا تتجزأ، وما لا يتجزأ فإثباتُ بعضِه كإثبات كلِّه.

❁ **قلنا**: هذه ثلاثةُ[(١)] دَعاوىٰ؛ **الأولُ**: قولكم: إنَّ هذه ولايةٌ. لا؛ بل هذه وَكالةٌ ونيابةٌ، فما الدليل علىٰ كونه ولايةً؟ ويدل علىٰ أنها ليست ولايةً جَوازُ تفويضِها إلىٰ عبد الموصي؛ إذا لم يكن في الورثة بالغٌ عندهم، وعبد الأطفال ليس أهلًا لولايةٍ ما، فكيف كان أهلًا لهذه الولاية؟ وهذا واقعٌ عليهم.

❊ **فإن قيل**: حقيقة الوصاية نَقْلُ ولاية الأبوة إلىٰ الوصيِّ؛ إذ حقيقة النقل أن يبقىٰ المنقولُ عنه خاليًا عما نَقَلَ عند الانتقالِ، ولا وِلايةَ للأب عند الموت، فهو حالة ثبوتها للوصيِّ، وحقيقةُ الوكالة استعمالُ الشخص في تصرُّفٍ، الولايةُ علىٰ ذلك التصرف قائمةٌ بالموكل، حتىٰ لو طرأ ما يوجب سقوط ولاية الموكَلِ؛ مِن جنون أو موتٍ؛ انعَزَل الوكيلُ، ولذلك لم يجُزْ أن يوصيَ وهو حيٌّ، ويجوز أن يوكِلَ بأمر أولاده وهو حيٌّ، ودَلَّ علىٰ تقرُّرِ هذه الحقيقة أمارتان؛ **إحداهما**: الاستغناء عن تفصيل التصرفِ؛ فيكفيه أن يقولَ: أوصيت إليك بعد وفاتي. ولو قال: وَكَّلْتُك بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ. لم يجُزْ، ثم إذا قال: أوصيتُ إليك ملكَ التصرف فيما يتجدَّدُ للأطفال من ميراث آخَرَ أو زيادةِ مال من تجارةٍ وَهِبَةٍ، فكيف وَكَّلَ بالتصرف فيها وهو لم يملك التصرفَ إذ لم تكن الأموالُ موجودةٍ؟! وعلىٰ الجملة: إذا تعدىٰ

(١) كذا بالأصل، والصواب: (ثلاث)؛ لأنَّ المعدود مؤنث، والأعداد من الثلاثة إلىٰ التسعة تخالف معدودها في التذكير والتأنيث. والله أعلم. ينظر: شرح الكافية الشافية، لا بن مالك، ١٦٦٣/٣، شرح ابن عقيل علىٰ ألفية بن مالك، ٦٧/٤.

الوصايةَ المقصودة علىٰ المال الحاضر إلىٰ ما سيحدثُ ؛ فبأَنْ يتعدَّىٰ إلىٰ الموجود معه حالةَ الوصايةِ أَوْلىٰ.

[٢٢٠/ب] والثانية: أنه/ لا يفوَّضُ إلىٰ فاسقٍ ؛ مع جواز توكيل الفاسق[١].

(١) ذكر المصنف هنا وجهين في إثبات أن الوصاية ولاية لا وكالة، وجملة الوجوه التي أثبت بها الخصوم كون الوصاية ولاية لا وكالة: أن النيابة تختص بما يملكه المستنيب، فكيف لا يملك التصرف؟ ولهذا إذا جن الموكل بطلت الوكالة لعدم أهلية الموكل، ولأن الوكالة لا تعتبر فيها العدالة بخلافها فتكون ولاية لا نيابة، ولأن الوصي يتعذر عزله إلا بالخيانة، والوكيل يعزل مطلقًا، ولو جن الوصي لا ينعزل بخلاف الوكيل، ولأنها لا تثبت إلا علىٰ عاجز بخلاف الوكالة، ولأنه يملك أن يوكل بخلاف الوكيل، ولأن الشرع لو نص علىٰ شيء وسكت عما عداه عم فكذلك ها هنا، ولأنه تصرف بولاية فلا تختص كالأب، ولأنه يستفاد من الموت فلا يتجزأ كالميراث، ولأن قوله: أنت وصيِّي؛ يعم، فقوله في قضاء ديني تأكيد.

وأجاب القرافي علىٰ هذه الوجوه، فقال: «والجواب عن الأول أن الموت لا ينافي صحة الإذن ونفوذ التصرف كقوله: أنت حر بعد موتي، إن دخلت الدار يعتق، والفقه أن التصرف المعلق قبل الموت لا ينافيه الموت بخلاف المعلق علىٰ الحياة، ولا تزول ولاية الميت إلا فيما لم يستبقه، أما ما استبقاه فلا، وإن قال: أعتقوا عني هذا؛ بقي علىٰ ملكه بعد الموت حتىٰ يعتق، وعن الثاني: أنها ثابتة في حق الغير والنيابة في حق الغير تشترط فيها العدالة، وعن الثالث: أنه تبطل بالقاضي يعزل بغير جناية ثم الفرق أن الميت يتعذر منه العزل بخلاف الموت، الركن الرابع: أن الوصي ليس نائبا عن الطفل والوكالة تكون عن العاجز والجماد، وعن الخامس: أن للوكيل أن يوكل فيما لا يتولاه بنفسه، وها هنا هو عاجز بعد الموت فيوصي، وعن السادس: أن الشرع إذا نهىٰ عن شيء لا يندرج فيما أذن فيه، وأنتم تقولونها هنا، فحديث الشرع حجة عليكم، وعن السابع: أن تصرف الأب بالولاية وشأنها عدم الاختصاص كالخلافة والإمامة العظمىٰ والوصية ولاية خاصة تخصيص فيه كصيغة الإطلاق في الوصية والنزاع في التخصيص، وعن الثامن: أنه لو قال: أنت وصيِّي في كذا، ولست وصيِّي في كذا، ثم ينتقض ذلك بالوكالة فإنها لا تعلم مع وجود غير ما ذكرتموه». ينظر: الذخيرة، ١٦٥/٧.

۞ قلنا: قولُكم: إنَّ شرط الوكالة أن تبقىٰ الولاية للموكل. يُعارِضُه أنَّ شرطَ النقل أن ينقُلَ مالَه وليس له ولاية بعد الموت، فكيف نَقَل ما بعد الموت والموصىٰ له إلىٰ سنة لو نقَل في آخر السنة ولايتَه إلىٰ غيره للسنة الثانيةِ، أو أراد الأبُ أن يُنَصِّبَ وصيًّا علىٰ أطفاله بعد البلوغ بنقلِ القوةِ قبلَ البلوغ، لم يجدْ إليه سبيلا؛ لأنه حاوَلَ نقل ما ليس له.

فسيقولون: سببُ الولاية هو الأبوَّةُ، وهي قائمة بعد الموت؛ إنما يُعتقد بطلانُها لتعذُّرِ استيفائها، فإذا نَصب وصيًا يستوفيه عقل قيامها بوجود الوصي فكذلك نقول الولاية قائمةٌ بعدَ الموت ما دام نائبُه قائمًا، ولذلك نقولُ علىٰ رأيٍ ظاهرٍ: إن وصيَّ الأب أَوْلىٰ من الجَدِّ، وهو كما نقولُ: إن من مات مُفْلِسًا إن كان عنه ضامِنٌ صحَّ الضمان عنه؛ وكأنه عُقِلَ قيامُ الدَّين في حقِّه بقيام ضامنِه، وأما انعزال الوكيل بالموت فسببه تنزيل التصرفات علىٰ الحياة عند الإطلاقِ؛ كما إذا وهَب سُكنىٰ دارٍ ينفسِخُ بموته، ولو أوصىٰ به بعد الموت صحَّ، والمُوصَىٰ له يملكُ من جهته، ولا ملكَ له بعد الموت، فكيف مَلَك من جهتِه؟ لكن قيل: إذا بيَّنَ له مَصرِفًا قدَّرْنا بقاء ملكه لنقلِه إلىٰ من أوصىٰ له، فكذلك هذا، وأما الإطلاق: فلو قال في حياته: فوضْتُ إليك التصرفَ في مال أطفالي بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ. جاز علىٰ رأيٍ، وإن سُلِّمَ أنَّ الوكالةَ في الحياة لا تحتمِلُ هذا، فلا شكَّ في أنه يُحتمَلُ في القراض من الجهالة ما لا يُحتمَلُ في الوكالة في تصرفٍ معيَّنٍ، ويُحتمل في الجعالة ما لا يحتمل في الإجارة، ومقدارُ العِلم يُعتبر في كل تصرف علىٰ ما يليق به، فهذه وكالةٌ اللائق بها التفويضُ إلىٰ رأيِ الوصي دون تعيين التصرفِ، وإنما جُوِّز رعايةً لحق الأطفال، ولذلك لم يفوَّضْ إلىٰ فاسقٍ؛ لأن المقصود مصلحةُ

الأطفال، وذلك لا يحصل، وما ذكروه من الفاسق يقابله العبدُ كما ذكرناه.

الدعوىٰ الثانيةُ: قولهم: أن الولاية لا تتجزَّأُ، فهَبْ أنْ سلَّمْنا كونَها ولايةً، فهذه ولايةٌ سببها التفويضُ، فتُقدر بقدر التفويض، وعن هذا يجوز أن يجزَّأَ الولايةُ علىٰ القضاة في التفويض، وأن يُعزل القاضي عن شخصٍ مخصوصٍ، وفي واقعة مخصوصةٍ، ويُولَّىٰ علىٰ شخص مخصوصٍ، فإنه مأخوذ من التفويض؛ بخلاف ولاية الأبوةِ؛ فإنه لم تتجزَّ[1]؛ لأن السبب يناسب الكلَّ علىٰ وجه واحد.

❊ **فإن قيل**: إذا سُلم أن الوصاية نَقْلُ ما للأبِ، فليس المنقول علىٰ ما كان/، والمنقول قُدرةٌ شرعية لا تَزيد بزيادة المال، ولا تَنْقُصُ بنقصانه، ويتعلق بسائر الأموال تعلُّقَ القدرة الحسِّيَّةِ علىٰ الحركة بسائر الأحياز، والقدرة الصالحة للحركة في حيِّزٍ صالحةٌ للحركة في جميع الأحيازِ، فكذلك هذا، ولهذا تعدَّت إلىٰ ما تجدَّدَ من الأموال.

٢٢١/أ

❊ **قلنا**: قد بَقِي المنقول علىٰ ما كان، ولكنه لم ينقلْ إلا البعض، وقولُكم: لا بَعْضَ له. غيرُ مسلَّمٍ؛ فإن قلتم: لا يتبعَّضُ في حق الأبِ؛ فسببه أن الأبوة لا تتبعَّضُ، والتفويض قد تَبَعَّضَ.

وإن قلتم: إن الوصيَّ خَلَفُه؛ فيستحيلُ أن يثبت له إلا علىٰ الوجه الذي

---

(١) كذا في الأصل، والجادة: «تتجزأ» بالهمز، والمثبت يتخرج علىٰ معاملة الفعل المهموز مجرىٰ المعتل في حالتي جزم المضارع وبناء الأمر، فالأصل هنا: «تتجزأ»، ثم أبدلت همزته ألفًا؛ فصارت: «لم تتجز»، ودخل الجازم بعد الإبدال، فحذفت الألف للجزم. وانظر: أوضح المسالك علىٰ ألفية ابن مالك، ١/٧٤.

ثبت له. كان هذا باطلًا ؛ فإنه لو قال: أنت وصيِّي في سنةٍ، وإذا انقضت السنةُ فوصيِّي فلانٌ، أو إذا قَدِمَ زيدٌ؛ فهو الوصي يُتَّبَعُ قولُه، وكذلك إذا أوصىٰ إلىٰ اثنين جاز، ولا يستقِلُّ كل واحد إلا في تصرفات مخصوصة عندهم، فإثباته لشخصين علىٰ خلافِ ما كان في حقِّ الأب، وجَعْلُ مُضِيِّ السنَةِ سببًا لانقطاعه علىٰ خلافِه؛ فإنه لا ينقطِعُ ولايةُ الأبِ إلا ببلوغ الأطفال وبعارِضٍ يَعْرِضُ في ذاتِه.

الدعوىٰ الثالثةُ: قولُهم: إن ما لا يتجزأُ فإثباتُ بعضِه إثباتُ كلِّه.

❁ **قلنا:** باطلٌ بالبيع إذا أُضيف إلىٰ نصفٍ معيَّنٍ من العبدِ؛ فإنه لا يتجزَّأ علىٰ هذا الوجه، ويبطُلُ بالرهْنِ إذا أضيف إلىٰ نصفٍ شائعٍ، ويبطُلُ بما إذا قال: بِعْتُ منك نصفَ بَيعةٍ. وعُذرُهم عنه يبطُلُ بنظائره في الطلاق، فيُضْطرون إلىٰ الفرق بأنَّ مَبْنىٰ الطلاق علىٰ السرايةِ؛ بخلاف سائر التصرفات، فكذلك الوصاية لا تُبْتنىٰ علىٰ السراية؛ بدليل قَبول التخصيصِ بالزمان، فإذا أضاف إلىٰ بعضٍ - والتبعيضُ غيرُ معقولٍ - فليفسُدْ؛ لا سيَّما إذا صرح بالنهي عن الباقي، فحيث لم يفسُدْ كان سببه قَبولَ التبعيض.



❁ **مَسْألَة: المودَعُ إذا تعدَّىٰ في الوديعة، ثم تَرَكَ العدوانَ، لم ينقطِعِ الضمانُ**[1]؛ خلافًا له[2]، **والمعتمدُ** أنه ضمِنَ العين بالعدوان وِفاقًا، والأصلُ

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ١٢٤/٧، والتنبيه، للشيرازي، ص١١١، وتكملة المجموع، للمطيعي، ١٩٤/١٤، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: الكافي، لابن قدامة، ٢٠٩/٢.

(٢) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، ٢١٦/٣، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٧٧/٧،=

استمرار الضمان فقد قال ﷺ: «عَلَىٰ الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ»[1]، وهذه صارت يدًا عاديةً آخِذةً، فالضمانُ عليها إلىٰ الردِّ، فمن ادَّعىٰ الرد أو طريانَ قاطعٍ للضمان فهو المطالَبُ بتفصيله.

❊ فإن قيل: لو ردَّ إلىٰ وكيل المالك ونائبه لكان خارجًا عن العُهدةِ، والآن مَهْما عاد إلىٰ الحفظ فقد ردَّ إلىٰ اليد النائبةِ الحافظة الممتثِلة لأمره في الحفظ، الموافِقةِ لصيغة العموم في الاستحفاظِ، فكان خارجًا عن العهدة.

❁ قلنا: إن ثبت أنه راضٍ بائتمانه بعد الخيانة فنحن نسلِّمُ براءته عن الضمان، وذلك بأن يصرِّحَ: بأني أودعْتُك. أو بأن يُصرِّحَ عند الوديعة: بأنك مَهْما خُنْتَ ثم تركْتَ الخيانةَ، فأنت أميني ومُودَعي. ولكن إذا لم يتعرَّضْ له فالعُرف فيه متعارضٌ، والظاهر أنه غير راضٍي بيَدَيهِ الأمانةَ بعد ارتكاب الخيانة؛ لمكانِ أنه جَعل يدَ المودَع حِرْزًا لمالِه وحصنًا له؛ باعتبار أحكام الحصين بالأمانة وتركِ الخيانة، وإلا فالأصل أن يدَ المودَع مضافة إليه لا إلىٰ المالك، ولكن العادة جاريةٌ بحفظ المالِ في المخزن والحِصن وفي يد

= والعناية شرح الهداية، ٨/٤٨٩، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ٢/٢٤٦.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩٤١)، والدارمي (٢٥٩٦)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرىٰ، (٥٧٨٣)، وابن الجارود، (١٠٢٤)، والطبراني في الكبير، (٦٨٦٢)، والقضاعي في مسند الشهاب، (٢٨٠) و(٢٨١)، والبيهقي ٨/٢٧٦، من طرق عن سعيد بن أبي عروبة، به. وفيه بعض ألفاظ الحديث: «حَتَّىٰ تُؤَدِّيهِ»، وقال الترمذي: هذا حديث حسن وقد ذهب بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم إلىٰ هذا، وقالوا: يضمن صاحب العارية، وهو قول الشافعي، وأحمد، وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم: ليس علىٰ صاحب العارية ضمان إلا أن يخالف، وهو قول الثوري، وأهل الكوفة، وبه يقول إسحاق.

الأمين، فيكونُ يدُ الأمين حِرزًا وحصنًا يرضىٰ به المالكُ إذا كان موثوقًا بحَصانته؛ كما يرضىٰ بالمخزن الموثوقِ به لحيطانِه وإغلاقِه، فإذا انثلم المخزن وارتفع ما يُقدَّرُ وازعًا ومُحَصِّنًا، لم يَرْضَ المالك باتخاذه/ حِرزًا؛ [٢٢١/ب] فإنه ليس يوثَقُ بإحرازه، فكذلك يدُ الأمين موثوقٌ به لإحرازِه بالأمانة، فانخِرامُ الأمانة بالخيانة كانهدام الحِرْزِ؛ فلا يرضىٰ المالك بأن يكون يدُه حرزًا لماله أصلًا.

هذا هو الظاهر، فإن لم يَسْلَمِ الظاهرُ فهو محتملٌ، والضمان ثابت بيقينٍ، فلا يُرْفع بالمحتمِلِ المتردِّد، ولا سبيل إلىٰ إنكار الاحتمال بل إلىٰ إنكارِ ظهوره للمُنْصِف، فصار ذلك كما لو رَدَّ إلىٰ مَن شَكَكْنا في وكالتِه، فلا يخرجُ في العُهدة بالشكِّ.

❊ فإن قيل: حالُ المالك قاطعةٌ بطلبه الحفظَ، وإرادته في كل حينٍ؛ بل هو للحفظ بعد الخيانة أشدُّ إرادةً، وكأنه بلسان حاله قائلٌ للمودَعِ: إياك والخيانةَ؛ فإن أقْدَمْتَ عليها فعليك بالعَوْدِ إلىٰ الحفظ وتَرْك الخيانة.

۞ قلنا: هذا مَزِلَّةُ قَدَم، فليُتَأَمَّلْ؛ فإنه حالُهُ تقضي بكراهة الخيانة والإتلاف، وبقاء ماله محفوظًا أبدًا كما تقضي به في حقِّ الغاصب في كلِّ حالةٍ، ولا تقضي بارتضائه يدَ الغاصب حِرزًا لماله، وإن كان يتشوَّفُ إلىٰ الإحراز لا لإحراز الغاصب، لكن لكراهته فَواتُ المال، فكذلك ليس يرضىٰ المالك بيد الخائن حرزًا لماله بعد الانثلام بالخيانة، وآيةُ أنَّه كذلك أنه يحسُنُ من المالك إذا قيل له: إن المودَعَ قد خان في الوديعة. أن يقولَ: لستُ راضيًا بعد هذا بائتمانه واتخاذِ يده حرزًا لمالي بعد أن صارت يدُه

معلولةً بالخيانة، وأنا مع هذا أكره استمرارَه على الخيانة وأشتهي تَرْكَه لها إلى أن يَلْقاني فيرُدَّه عليَّ وأُزيلَ يدَه الخائنةَ عنه، فيكون مشتهيًا تَرْكَه للخيانة وغيرَ راض باتخاذ يدِه حِرْزًا، وهو كما لو قال للمودَع: رُدَّ المالَ إلى خِزانتي، فيَبْرَأُ بالردِّ إلى الخِزانة التي عيَّنَها، فلو كانت الخِزانةُ محصَّنةً بجهل السُّرَّاقِ عن وجهِ التسلُّق عليها، وغَفَلْتُهم عنها مع تيسُّرِه لو عرَفوه فلم يعرِفوه، جاز له الردُّ إليها، فلو عرَفوه وتطرَّقوا إليه، وصار يسهُل عليهم ذلك، فلا يبرأُ بالردِّ إليه إذا كان قد أطلق الأمرَ في حالة الثقة بجهلِهم بِعَوْرِ الخزانة وعَوَارِها، بل يُعدُّ بالرد إليه مضيِّعًا ومتعديًا، وهذا مثال اليدِ المحْرِزَةَ إذا سقَطَت الثقة فيها بالخيانة، فتَرْكُها للخيانة كانكِفاف السُّرَّاق في بعض المواقيت عن الهجوم على الحِرز مع القدرة عليه إذا أرادوه.

❊ **فإن قيل**: ما ذكرتموه باطل بما إذا فسَق المودعُ أو خان في وديعةِ غيره، أو خان في بعض ودائعه؛ فإنه لا يصير ضامنًا، والعُرف يقضي أنه لا يَرْضى بيدِ مثلِه حرزًا لماله.

۞ قلنا: إذا أودعه فقد ثبتَ حُكمُ الأمانة للمال، فلا نقطعه إلا بيقينٍ، وفِسْقُه لا يُفيد يقينًا بل يفيد احتمالًا، فإن الإنسان قد يودِعُ الفاسقَ ثقةً بأنه لا يخونُ في ماله وإن كان يشرب الخمرَ ويزني؛ مراعاةً لحقِّه وعَهْدِه، فالاحتمال متعارِضٌ، وكذلك قد يودِعُه ثقةً بأنه لا يخون عهدَه، وإن كان يخونُ في مال غيره، أما إذا خان في أحد الثَّوبين المودَعة عنده ففيه تردُّدٌ للأصحاب من حيث الظهورُ في هذه الصورة، والأَولى ألَّا/ يضمن؛ لأنَّا لسنا نقطعُ بأنه لا يرضى بحفظه فيما لم يخُنْ فيه؛ بل نجوِّزُ ذلك، والأمانة [٢٢٢/أ]

ثابتةٌ، والصيغة عامةٌ فلا نقطعُها إلا بيقين.

❊ **فإن قيل**: وكذلك قد يأتمن الرجلُ غيرَه بعد أن خان في وديعته من قبلُ، فليس يُعلَمُ خروجُه عن رضاه.

۞ **قلنا**: كذلك نقولُ، ولكِنْ سَبَقَ الضمانُ بيقينٍ، وهذا محتمل فلا يُرفع اليقين بالاحتمال بالطردِ والعكس.

❊ **فإن قيل**: والصيغة في مسألتنا عامة متناولة للأوقات، والمتَّبعُ عموم الصيغة.

۞ **قلنا**: هذا أيضًا موقِعُ زلل لا بدَّ فيه من الاتِّيادِ؛ إذ لا معنىٰ لعموم الصيغة بالإضافة إلىٰ الأوقات، فإنه إن أُريد به أن الحفظ في كل حال مأذونٌ فيه، فسقوطُ الضمان ليس نتيجةَ كون الحفظ مأذونًا؛ بل هو نتيجة جَعْل يدِه حرزًا لماله بعقد الإيداع، ولهذا لو كاتب المالكُ الغاصبَ وقال له: احفظ المال إلىٰ أن ألتقيَ بك فاستردَّه، وإياك أن تخونَ فيه. فهو في حفظه ممتثِلٌ، ولكن لا يسقط الضمانُ بهذا، ومعنىٰ إذنه الإشارة إلىٰ ما أمره الشرع به، وهو ترك الخيانة إلىٰ الردِّ، وإنما يسقط الضمانُ إذا قال: أودعْتُك؛ أي: اتخذتُ يدك حرزًا لمالي، فتارةً يقع الإحرازُ بالأيدي وتارةً بالقِلاع والخزائن، وإذا كان سقوط الضمان نتيجة اتخاذه يدَه حرزًا، فدوام ذلك عينُه ليس غيرَه حتىٰ يقالَ: إن اللفظ عامٌّ بالإضافة إليه فإذا انقطع وانعدم فلا بدَّ من اتخاذه ثانيًا، وهو كالأوقات في حق الوجود بالنسبة إلىٰ الإيجاد، وفي حق الملك بالنسبة إلىٰ التمليك، وفي حقِّ الحِلِّ بالنسبة إلىٰ التحليل، فإنَّ لَفْظَ التزويج

صريح في إفادة الحِلِّ مؤبدًا، فلو طرأ الشِّراء القاطع للملك ثم زال الملك بالبيع لم يعُدْ حِلَّ النكاحِ، ولم يُقَلْ: إنَّ اللفظ عامٌّ في التحليل، فإذا زال المحرَّمُ تعلَّقْنا بعموم اللفظ، بل قيل: الحِلُّ قضية واحدة تحدُثُ بالعقد، فإذا انعدَم لم يُعْقَلْ عَوْدُه، وليست أشياءُ متعددةً حتىٰ ينتفي بعضُها ويبقىٰ البعض، فالأمانة حُكْمُ العقد، والضمانُ ينافيه، وتعاقبهما كتعاقُبِ الحلِّ والحرمة في النكاح.

❊ **فإن قيل**: ما ذكرتموه باطلٌ بالمستأجر علىٰ الحفظ إذا خان ثم عاد أمينًا، فإنه يستحِقُّ الأجرة بالباقي، وتبقي الإجارة فيما بقي، وإن انقطع فيما سبق.

❁ **قلنا**: لو استأجر علىٰ حفظِ مالٍ فخان فيه ثم عاد إلىٰ الحفظ لا يبرأ عن الضمان، فهو عينُ مسألة الخلاف؛ لأن العقد اقتضىٰ جَعْلَ يدِه حرزًا لماله، ومقابلةَ منفعته في الحفظ بأجرةٍ، والمنافع أشياءُ متعددةٌ تتجدد، فقوبل كل جزء منها بجزءٍ من الأجرة، فسقوط البعض لا يوجب سقوطَ المقابلة في الباقي، أما جَعْلُ يده حرزًا بَطَلَ[1] بالعدوان الطارئ، فلا جَرْمَ لا تعود الأمانة إلَّا بقاطعٍ كما سبق، فإن كان غرضُهم أن المودَعَ ممتثِلٌ بالحفظ بعد الخيانة فقد بيَّنَّا أن مجرد موافقة الصيغة في ترك الخيانة لا يكفي لقطع الضمان، بل ينقطع الضمانُ بجَعْلِ يده حرزًا لماله ولم يجعلْه حرزًا بعد الانثلام والاختلال/. ٢٢٢/ب

❊ **فإن قيل**: بناءُ هذا الكلام علىٰ أنه يضمنُ بالعدوانِ ولا ينقطع إلا

(١) كذا في الأصل، والجادة: «فبطل»، وتقدم التعليق علىٰ هذه المسألة.

بقاطعٍ، ومن الأصحاب من قال: لا يضمن حتىٰ لو لبِسَ ثوبًا فتلف بآفةٍ سماوية في وقت اللُّبس لا يضمنُ؛ إلا أن يتلَفَ باللُّبس فيلزمه ضمان الإتلاف لا ضمانُ اليد، وإلا فهو حافظ له، واليد يدُ المالك، وقد زاد اللُّبْسَ، وهو متعدٍّي[1] به، فأما الضمان فلا يجب.

۞ قلنا: إقامةُ البرهان عليه هيِّنٌ؛ فإن الأصل أن علىٰ اليد ما أخذت حتىٰ تَرُدَّ، ولكن قيل: المودَعُ غير آخِذٍ تحقيقًا، بل هو مُعيرٌ يدَه لإحراز مالِ غيرِه له، فكأنَّ اليدَ للمالك، فمهما تعدَّىٰ فيه وانتفع به كانت إضافةُ يده إليه أَولىٰ من إضافتها إلىٰ المالك، فإنه صار يحفظ لنفسه وينتفع به، فلم تكن هذه اليد هي التي أثبتها المالكُ وقَصَدها وأرادها، وخروج ذلك عن موجَبِ قصده وإرادته مقطوعٌ به، فيبقىٰ المودَعُ آخذًا مالَ غيره لنفسه، فيلزمه الضمان لا محالةَ.

❊ فإن قيل: إذا غُصِبَت الوديعةُ، فليس للمودَعِ المخاصمةُ عندكم، ولو رَدَّ الغاصبُ إليه لم يبرأْ، فكيف تأخذون المذهب من أن الأمانة قد انخرمت، وأنَّ المالك لا يرضىٰ بيدِه حرزًا، ولم يوجَدِ الخيانة في هذه الصورة؟![2].

۞ قلنا: هذا عكسٌ؛ وللمذهب مأخذان:

أحدهما: ما قدَّمناه ويظهر بالقياس علىٰ ما إذا قال للغاصب: رُدَّ المغصوبَ إلىٰ أمينٍ من أُمنائي. وله أمناءُ فوجَد واحدًا قد خان في الوديعة،

(١) كذا في الأصل؛ بإثبات الياء والتنوين، وتقدم التعليق علىٰ هذه المسألة.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير، ٧/١٢٦.

فردَّه إليه لا يبرأُ عن الضمان ، فإن سلَّموا هذا فلا فرق بين ردِّه إلىٰ يد نفسه بعد الخيانة وبينَ ردِّه إلىٰ أمينٍ آخَرَ ، وإن منعوا فنَفرِضُ الكلام فيه ونَقيسُ علىٰ ما إذا كان له قِلاعٌ ولها أعوارٌ ، ولكن لا يهتدي السرَّاقُ إليها ، فقال: رُدَّ المغصوبَ إلىٰ قلعة من قلاعي. فردَّ مِن بينها إلىٰ ما اطَّلع السُّرَّاقُ علىٰ عَوَرِها وتهدَّوْا إليه ، فإنه لا يبرأُ ؛ لأن مطلقَ الإذن يُنزَّلُ علىٰ وَفْقِ الغِبطة وحُكم العادة ، وليس من الاحتياطِ ومراعاةُ الغبطة ، هذا ولا فرقَ ، فإن اليد حِرْزٌ ، وحَصانته بالأمانة ؛ كما أن حصانة القلعة باستتار أعواره ومكامنه.

❊ **فإن قيل:** وِزانُ مسألتنا ما إذا سُدَّ المكمَنُ وعُمِرت القلعة بعد الاختلال ، وعند ذلك يبرأ بالرد إليه ، فإنَّ ها هنا تَرَكَ الخيانةَ ثم ردَّ إليه ، فلو ردَّ إليه في حالة دوام الخيانة لا يبرأُ.

❁ **قلنا:** لا ؛ بل وِزانه انصرافُ السراق عن القلعة ، وتَرْكُهم الدخولُ ، فإن التحصُّنَ بالجهل ، وقد ارتفع ، والحصانة ها هنا بالمعنىٰ الوازع في الباطن من مراعاة حقِّ الدِّين أو مراعاة عهد المالك ، وقد بانَ ارتفاعُ الوازع ، ولم يوثَقْ بعَودِ الوازع ، وإنما هذا تَركٌ للخيانة لا إعادةٌ لحصانة الحِرْز.

المسلك الآخر الجاري فيما إذا غُصِبَ منه ولم يكن منه عدوانٌ أنَّ موجَبَ عقد الوديعة إثباتُ وَصْفِ الحرزية ليده وقد انقطع ، فلا يعود إلا بالإعادة كالملك والحِلِّ إذا انقطع في النكاح ، فإنَّ الضمان ساقطٌ بهذه العلة لا بكونه ممتثلًا في الحفظ ؛ بدليل/ أن المستامَ[1] والمستعيرَ والمشتريَ كلُّ [٢٢٣/أ]

---

(١) سام البائع السلعة سومًا ؛ إذا عرضها للبيع ، وسامها المشتري واستامها طلب بيعها ، ومنه المستامُ ، ومنه: «لَا يَسُومُ أَحَدَكُمْ عَلَىٰ سَوْمِ أَخِيهِ».

هؤلاء مأذونون في الحفظ ، ثم يضْمنون ، ولكن لم يجعلْ يدهم حرزًا لماله بل هو حِرزٌ لهم في تحصيل أغراضهم، والمودَعُ جُعِلَ يدُه حِرزًا، فانقطع فلا يعودُ إلا بالإعادة.






مسائل الغنيمةِ

❁ مَسْأَلَة: مَن قتَل قتيلًا فله سَلَبُه؛ نادى الإمامُ أو لم ينادِ[1]، وقال أبو حنيفةَ: ليس له إلا بنِداء الإمام[2]، والمعتمَدُ: ما روي أنه ﷺ قال في معركةٍ بعد إحراز الغَنيمة: «من قتَل قتيلًا فله سَلَبُه»، فقام واحدٌ وقال: قتَلْتُ فلانًا، فقام آخَرُ وقال: صدَق يا رسول الله، وسَلَبُه عِندي؛ فأرضِه مِنِّي، فقال أبو بكر: لاها اللهِ إذًا[3]، يقتَلُ أَسَدٌ مِن أُسْدِ اللهِ ويُعطيك سَلَبَه[4].

---

(١) ينظر: الأم، ١٩٤/٤، والحاوي الكبير، ٣٩٤/٨، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٤٥٠/١١، والوسيط، ٥٣٧/٤، وأسنى المطالب، ٩٤/٣، وهو مذهب الحنابلة أيضا، وقول ابن حزم. ينظر: المغني، ٢٣٣/٩، والفنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٤٨/٤، وشرح منتهى الإرادات، ٦٣٥/١، وكشاف القناع، ٧٠/٣، والمحلى بالآثار، ٤٠٢/٥.

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي، ٤٧/١٠، وبدائع الصنائع، ١١٥/٧، والاختيار لتعليل المختار، ١٣٢/٤، وفتح القدير، ٥١٣/٥، وهذ هو مذهب المالكية أيضا، ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ٤٧٧/١، والذخيرة للقرافي، ٤٢٢/٣والتاج والإكليل شرح مختصر خليل، ٣٦٨/٣، ومواهب الجليل، ٣٦٨/٣.

(٣) قوله: «لاها الله إذا» هكذا يروى هذا اللفظ، وصحيحه عند أهل اللغة: لا ها الله ذا بغير ألف قبل الذال، وها بمعنى الواو التي للقسم؛ فكأنّه قال: لا والله ذا، وفي الكلام حذف تقديره: لا والله يكون ذا أو نحو هذا اللفظ. ينظر: المعلم بفوائد مسلم ١٣/٣، وإكمال المعلم ١١١/٥، وكشف المشكل، ١٤٦/٢.

(٤) أخرجه البخاري (٣١٤٢) كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب، ومن قتل قتيلا فله سلبه من غير أن يخمس، وحكم الإمام فيه، ٩٢/٤، ومسلم (١٧٥٢) كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل، ١٣٧٠/٣.

ورُوِي عنه في غيرِ القتالِ: أنَّه قال: «مَن قتَل قتيلًا فله سَلَبُه».

وروىٰ أنس: أنه ما حضر في معركة إلا وأعطىٰ القاتلين أسْلابَ قتْلاهم[1].

❊ فإن قيل: ونحن لا نُنكر استحقاق القاتل السلبَ مهما قال الإمامُ ذلك، وقولُ رسول الله ﷺ احتملٌ أن يكون في معرِض نداء الأئمة واستصوابهم، واحتُمل شرعًا علىٰ سبيل الابتداء، والقياسُ يرجِّحُ لاحتمالِنا؛ فإنَّ سبب استحقاق أموال الكفار قَهْرُهم لا قهرُ صاحب المال علىٰ الخصوص، ولن يحصُلَ القهرُ إلا بجميعهم، فمَن لا يختصُّ بالسببِ كيف يختُصُّ بالمسبَّب[2]؟!

❁ قلنا: قولُ الشارع محمول أبدًا علىٰ الشرع وتمهيدِ أسباب الأحكام لا علىٰ اجتهاد الأئمة؛ إذ لو فُتح هذا الباب لتطرق ذلك إلىٰ معظم أقوالِه؛ فقوله ﷺ: «مَن قتَل قتيلًا فله سَلَبُه» نَصْبُ للسبَّب؛ كقوله: «مَن أحيا أرضًا ميتةً فهي له»[3]، ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[4]، ﴿وَمَن يَقْتُلْ

---

(١) أخرجه البخاري (٣١٤٢) كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب، ومن قتل قتيلا فله سلبه من غير أن يخمس، وحكم الإمام فيه، ٤/٩٢، ومسلم (١٧٥٢) كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل، ٣/١٣٧٠.

(٢) قال الكاساني: «لأن سبب الاستحقاق إن كان هو الجهاد وجد من الكل، وإن كان هو الاستيلاء والإصابة، والأخذ بذلك حصل بقوة الكل فيقتضي الاستحقاق للكل، فتخصيص البعض بالتنفيل يخرج مخرج قطع الحق عن المستحق، فينبغي أن لا يجوز». ينظر: بدائع الصنائع، ٧/١١٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٣٥) موقوفًا علىٰ عمر، وعن النبي ﷺ تعليقًا، وأخرجه أبو داود (٣٠٧٣)، والترمذي (١٣٧٨ ـ ١٣٧٩)، والنسائي في الكبرىٰ (٥٧٢٩، ٥٧٣٠).

(٤) سورة النساء، جزء من الآية (٩٢).

مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ﴾[1]، إلىٰ غير ذلك من الأحكام المترتبة علىٰ الأسباب المذكورة في معرِض الشرط والجزاء بفاء التعقيب؛ فإنه صريح في التسبيب، فليكن القتل سببَ استحقاق السلب وانضم إلىٰ ذلك أمورٌ أحدُها أنه قال ذلك بعد إحراز الغنيمة، والآخرُ أنه نُقل ذلك أيضًا في غير القتال، والآخر أنه لم يحضُرْ معركةً إلَّا أعطىٰ للقاتلين أسلابَهم، ولو كان مِن قَبيل استصوابات الحرب، لاختلف باختلاف الأحوالِ، والآخَرُ أنَّ أبا بكر ﷺ علَّلَ بالقتِل، وقال: يقتُلُ أسدٌ مِن أُسْد الله ويعطيك سلبَه.

وما ذكروه من القياس في ترجيح احتمالِهم يبطُلُ بجواز النداء؛ مع أنَّه لو نادىٰ أنَّ مَن سلب مالًا فله ما سَلَبَ، لم يجُزْ، فلِمَ تُرِكَ هذا القياسُ، فإن تُرِك بالحديث فالحديث في ظاهره لتمهيد الشرع، وإن تخيَّلوا أن الترغيب في القتل بإعطاء السلب، فمن لا يقتُلُ لا يستحق؛ فهذا المعنىٰ يصلح أن يُتخيَّلَ باعثًا للشرع علىٰ تمهيد القتل سببًا للاستحقاق مطلقًا، بعد ما ظهَر أن لزيادةِ الغَناءِ تأثيرً[2] في زيادة الاستحقاق؛ بدليل فضل الفارس علىٰ الراجل، ولمَّا فُهِم التعليل بزيادة الترغيب في الفروسة لما فيه من زيادة الغناء، لم يُحملِ الحديثُ الوارد فيه علىٰ النداء؛ بل حُمل/ علىٰ تمهيد الشرع، [٢٢٣/ب]

(١) سورة النساء، جزء من الآية (٩٣).

(٢) كذا في الأصل؛ بدون ألف تنوين النصب، وحقُّ الكلمة النصبُ اسمَ «إن» مؤخرًا، وحذف ألف تنوين النصب جائزٌ علىٰ لغة ربيعة؛ فإنهم لا يُبْدِلُونَ من التنوين في حال النصب ألفًا ـ كما يفعل جمهور العرب ـ بل يحذفون التنوين ويقفون بسكون الحرف الذي قبله؛ كالمرفوع والمجرور، ولا بُدَّ من قراءتِهِ منوَّنًا في حال الوصل؛ غير أنَّ الألف لا تُكْتَبُ؛ لأنَّ الخط مداره علىٰ الوقف، ينظر: سر صناعة الإعراب، ٤٧٧/٢ ـ ٤٧٩، وشرح الأشموني علىٰ الألفية، ٣٥١/٤، وهمع الهوامع، ٤٢٧/٣ باب الوقف.

فكذلك ما نحن فيه ولا فَصْلَ، فإن اعترضوا بتفاصيلِ مذهبنا في حِرمان مَن قتَل المنهزمَ أو قتل بعد إثخانِ غيرِهِ، انقلَب عليهم في النداء، وظهر الجواب بفهم معنىٰ التخصيص للترغيب في إظهار الغَناء بقتل مَن هو مُقبل علىٰ القتال، وكفاية شرِّه.

وعلىٰ الحملة: النظر في تفصيل العموم لا يُبطِلُ القول بالأصل؛ فلا معنىٰ للخوضِ فيه[1].



❊ **مَسْأَلَة: إذا نَفَقَ فرسُ[2] الغازي بعد دخول دار الحرب وقبل شهود الوقعة، لم يستحِقَّ سهمَ الفارس[3]؛ خِلافًا له[4]**، ووافق في الفرس المستعار إذ مات، وفي المملوك إذا باعه، وفي الفارس إذا مات، وفي العبيد إذا ماتوا بعد حصول الإرعاب بهم، والمُعتمَدُ أنه شهد الوقعة راجلًا فلا يستحق سهم

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٣٩٤/٨، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٤٥٠/١١.

(٢) نفق الفرس؛ أي: مات. ينظر: الصحاح، ١٥٦٠/٤.

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي، ٤٢/١٠، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٥/٣، وفتح القدير، ٤٩٨/٥، وهذا هو لازم قول مالك وإن لم ينُصَّ عليه، ففي المدونة: «إذا دخل الرجل أرض العدو غازيا فمات قبل أن يلقىٰ المسلمون عدوًّا وقبل أن يغنموا غنيمة ثم غنم المسلمون بعد ذلك: أنه لا شيء لمن مات قبل الغنيمة، قال مالك: وإن لقوا العدو فقاتل معهم ثم مات قبل أن يغنموا، ثم غنموا بعد ما فرغوا من القتال وقد مات الرجل قبل أن يغنموا، إلا أنه قد قاتل معهم أو كان حيًّا، قال مالك: أرىٰ أن يضرب له بسهم»، وهو مذهب الحنابلة أيضا. ينظر: المدونة، ٥١٩/١، والنوادر والزيادات، ١٩٣/٣، والمغني، ٢٤٧/٩، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٧٦/٤.

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي، ٤٢/١٠، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٥/٣، وفتح القدير، ٤٩٨/٥.

الفارس ؛ كما لو كان مستعارًا أو باع الفرس ، والتحقيق أنَّ الغنيمة لا تُستحَقُّ إلا بسببٍ ، والخَصمُ هو المُطالَب ببيان سببه ، والأسباب لا تؤخذ إلا من الشرع ، وقد قال ﷺ: «**الغنيمة لمن شهد الوقعة**»[1] ، فما هو السبب في ملك الغنيمة ، فالإدلاء بزيادة الغناء سببُ الفضيلة ؛ هذا هو المعقول الظاهر[2].

❊ **فإن قيل**: لا خلاف في أن حياة الفرس إلىٰ تمام الاستيلاء غيرُ مُعتَبرٍ ، وسبب ملك الغنيمة الاستيلاءُ ، ولكن اكتُفِيَ بالاقتران بأول أجزاء

---

(١) المشهور في هذا اللفظ وقفه علىٰ عمر بن الخطاب ﷺ ، فقد أخرجه سعيد بن منصور في السنن ، كتاب الجهاد ، باب: ما جاء فيمن يأتي بعد الفتح ، (٣٣١/٢ رقم الحديث ٢٧٩١) ، وابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب السير ، باب: من قال: ليس له شيء إذا قدم بعد الوقعة ، (٤٩٣/٦ رقم الحديث ٣٣٢٢٥) ، وابن المنذر في الأوسط ، (١٥٢/٦) ، والبيهقي في السنن الكبرىٰ ، كتاب قسم الفيء والغنيمة ، باب: المدد يلحق المسلمين ، (٣٣٥/٦ رقم الحديث ١٣٣٠٨) كلهم رووه موقوفا عن عمر ، وفيه: أن أهل البصرة غزوا نهاوند ، فأمدهم أهل الكوفة ، وعليهم عمار بن ياسر ، فظهروا ، فأراد أهل البصرة أن لا يقسموا لأهل الكوفة ، فقال رجل من بني تميم: أيها العبد الأجدع ، تريد أن تشاركنا في غنائمنا ؟! وكانت أذنه جدعت مع رسول الله ﷺ ، فقال: خير أُذُنَيَّ سببت ، ثم كتب إلىٰ عمر ، فكتب عمر: إن «الغنيمة لمن شهد الوقعة» وقد أخرج البخاري في صحيحه مثله مرفوعا في كتاب فرض الخمس ، باب: الغنيمة لمن شهد الوقعة (٨٦/٤ رقم الحديث ٣١٢٥) ، من حديث عمر بن الخطاب ﷺ قال: «لولا آخر المسلمين ، ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها ، كما قسم النبي ﷺ خيبر».

(٢) وبيان ذلك من جهة المعقول أن الفرس تابع والمالك متبوع ، فلما كان موت المالك المتبوع بعد دخول دار الحرب وقبل الوقعة يمنع من استحقاق سهمه ، فالفرس التابع أَولىٰ أن يكون موته مانعًا من استحقاقه ، وتحريره قياسًا أنه ذو سهم مات قبل حضور الوقعة ، فلم يسهم له كالمالك ، ولأن يد المسلمين علىٰ ما دخل إلىٰ دار الإسلام أثبت وأقوىٰ منها علىٰ ما في دار الحرب ، فلما استوىٰ اعتبار سهم الفارس والفرس في دار الإسلام بحضور الإسلام ، كان أولىٰ أن يعتبر في دار الحرب بحضور الوقعة . ينظر: الحاوي الكبير ، ٤٢٢/٨ .

الاستيلاء حتىٰ لو نفق في أول القتال فرسُه استحق، وأوَّل أسباب الاستيلاء دخولُنا دار الحرب؛ فإن فيه نوعَ قهرٍ وغلبة، ولذلك يتعيَّن علىٰ المسلمين القتالُ إذا دخل الكفار أطراف دار الإسلام؛ لما فيه من القهر والإذلال، واعتبار هذا أولىٰ من اعتبار شهود الوقعة وابتداء القتال؛ فإنه مُشترك بيننا وبينهم لا رُجحان لنا عليهم؛ فإنهم شاهدوا الوقعة كما شهدنا، وانتَدبوا للقتال كما انتَدَبْنا؛ فاعتبار ما يختصُّ به أولىٰ[1].

❁ قلنا: السببُ ما نصَبَ الشارعُ سببًا وهو شهود الوقعة؛ إذ قال: الغنيمة لمن يشهدُ الوقعة، وفيه مناسبة؛ وهو أنه حالة إنشاء سبب القهر فإنا نَقهرُهم بقتالهم لا بدخول دارهم، فالقتال هو مباشرة أسباب القهر، وقولُهم: إن القتال مشترك؛ نعم هو كذلك لا جرم الأمر فيه موقوف، فإن حصل قهرهم فقد حصل بقتالنا إيَّاهم، وإن حصل قهرُنا فقد حصل بقتالهم إيَّانا،

(١) وقد أيد الحنفية ما ذهبوا إليه بقوله تعالىٰ: ﴿تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠]، وبقوله: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ ٱلْكُفَّارَ﴾ [التوبة: ١٢٠]، ووجه الاستدلال من الآيتين أن الجهاد يكون بالإرهاب كما يكون بالقتل، ولذلك استحق الفارس الذي نفق فرسه سهم الفارس؛ لأن الإرهاب قد تحقق به ولو نفق قبل القتال، وقد نقل عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: ما غزي قوم في عقر دارهم إلا ذلوا»، فمجرد الدخول يحصل به الإذلال لا القتال، والجواب عن ذلك أن المأمور به هو القتال بعد الاستعداد لا الاقتصار علىٰ الاستعداد، ولذلك لو استعد ولم يحضر لم يسهم له، ولو حضر ولم يستعد، أسهم له، والرهبة التي وقعت بالفرس في دخول دار الحرب حصلت بالفارس لا بالفرس، ثم ليست الرهبة من الفارس بدخوله دار الحرب موجبة لسهمه، فكذلك لفرسه، وأما قول علي بن أبي طالب فلا حجة فيه، لأنه رضي الله عنه جعل الغزو هو موجب الإذلال لا مجرد دخول الدار، والغزو يقتضي القتال، والغنيمة لا تملك بالإذلال، وإنما تملك بالغلبة والإجازة. ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٥/٣، والحاوي الكبير، ٤٢٢/٨.

ولا ندري كيف تكون العاقبة، ولكن لا نتَمارىٰ في أن سبب انهزام إحدي الفئتين قِتالُ الأخرىٰ، فالقتال هو المؤثِّرُ في القهر ثم مباشرةُ عينِه، لم يشترط ـ بل يكفي ـ الاستعدادُ له؛ إذ ليس من الحزم اشتغالُ جميع أهل القتال، بل يَشتغِلُ قوم ويترصَّدُ للإنجاد آخرون، وما ذكروه مِن الاكتفاء بحصول الإرعاب تحكُّمٌ، ثم هو منقوص بما لو باع الفرس أو مات بنفسه أو مات عبيدُه، أو كان الفرس مستعارًا، وليس ينتظم عن هذا السائلِ اعتذارٌ أصلًا[1].



مَسْأَلَة: يجب استيعابُ الأصناف الثمانية في الصدقات[2]؛ خلافًا له[3]، **والمعتمَدُ** قولُه تعالىٰ/: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾[4] الآية، [١/٢٢٤] ووجه الدليل أن الآية المَسوقةَ لإيجابِ صرف الصدقات إلىٰ المذكورين؛ إما حقًّا لهم مقصودًا أو نفقةً دارَّةً عليهم برابطة قَرابة الإسلام، وإما حقًّا لله وصرفًا إليه بواسطة أيديهم، وإلىٰ هذا مَيلُ أبي حنيفة، وإلىٰ الأول مَيلُ

---

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ٢١٥/١٢، والمغني، ٢٤٨/٩.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير، ٤٧٨/٨، والوسيط، ٥٦٩/٤، وزوضة الطالبين، ٣٢٩/٢، وأسنىٰ المطالب، ٤٠٢/١.

(٣) ينظر: تحفة اللقهاء، ٢٩٩/١، وبدائع الصنائع، ٤٧/٢، والبناية شرح الهداية، ٤٥٨/٣، وهو قول عمر وحذيفة وابن عباس، وبه قال سعيد بن جبير والحسن والنخعي وعطاء، وإليه ذهب الثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي، ومذهب المالكية والحنابلة، ينظر: بداية المجتهد، ٢١٩/١، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٣٤٢/٢، والفواكه الدواني، ٣٤٦/١، والمغني، ٤٩٩/٢، والفروع لابن مفلح، ٣٥٠/٤، وكشاف القناع، ٢٨٧/٢.

(٤) سورة التوبة، جزء من الآية (٦٠).

الشافعي، وكيف ما قُدِّرَ فالظاهرُ مُشعرٌ باستيعابهم، وإيجاب الصرف إلىٰ جميعهم، فلا حاجة إلىٰ الخوض في أن المقصود بالحق هو الله أو الفقيرُ؛ إذ غَرَضُ المسألة غير موقوف عليه، وقد قرَّرْنا وجه ذلك في كتاب مآخِذِ الخِلافِ.

❊ فإن قيل: ولِمَ قُلْتم: إنَّ الظاهر يقتضي وجوب الاستيعاب؟!

◈ قلنا: لم يشُكَّ أحد في أنَّ الاستيعاب موافقة للظاهر، ولأجله أجمعوا علىٰ أن الاستيعاب واقعٌ مَوقِعَه، ويُوجِبُ براءة الذمة وحصولَ الامتثال، فكيف يُتمارىٰ في كونه موافقًا للظاهر، فمن يدَّعي أن التخصيص بواحِد والحرمان للآخرين موافقٌ للظاهر، ومُوجِبٌ لحصولِ الامتثال، فهو المؤاخَذُ ببيانِ وجهِه، وعلىٰ الجملة إن كان المقصود إيجابَ الحقِّ للفقير، فمِثالُه قولُ الله تعالىٰ: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾[1] الآيَةَ. وقولُ المُوصي: ثُلث مالي لفقراء الغزاة وفقراء الفقهاء؛ فإن ذلك يقتضي الصرفَ إلىٰ جميعهم علىٰ الاستيعاب، وإن لم يكن الفقير مقصودًا بالاستحقاق وإنما هو نائب عن الله في القبض؛ فمثاله قول الرجل لمن عليه الدَّينُ: اصرف ما لي عليك في غيبتي إلىٰ أولادي وأزواجي وأمهات أولادهم؛ فإنهم يستحِقُّون النفقة عليه[2] كما يستحِقُّ الفقير النفقة علىٰ الله بوعده الكريم، ومن عليه الرزق ينبغي ألا يغادر مستحقًا محرومًا بل يُستوعبون بقضاء الحاجة، فكذلك

(١) سورة الأنفال، جزء من الآية (٤١).

(٢) كذا في الأصل، والجادة: «عليهم»، لأن الضمير عائد إلىٰ الأولاد والأمهات والمثبت يتخرج علىٰ الحمل علىٰ المعنىٰ بإفراد الجمع، وهو باب واسع في العربية، ينظر: الخصائص، ٤١١/٢، ٤١٥ ـ ٤١٩، وشواهد التوضيح، ص١٤٣ ـ ١٤٥، وص١٧٦ ـ ١٧٧.

استيعاب هؤلاء ذِكرًا دليل علىٰ أنه قصَد استغراقَهم ودفْعَ حاجاتهم وتوفيرَ أرزاقهم؛ لا سيَّما هذه وظيفة متكررةٌ في كل سنة، لا مطمع لهؤلاء المحتاجين إلا فيه، فالتخصيص والحرمان بعيدٌ عن القصد عن مقتضىٰ الظاهر[1].

❊ فإن قيل: تقدير الكلام: إنما الصدقات للفقراء أخْذُها وللمساكين، والقصد منع الصرف إلىٰ غيرهم، وبيانُ جواز الصرف إليهم، وأنَّ لكل واحدٍ أهليَّةَ الأخذ علىٰ التساوي، ونحن نقول به؛ فأما إيجاب الصرف فيؤخذ في الأمر، وصيغةُ الآية صيغة الإخبار، فلم يؤخذ منه الوجوبُ؛ إنما الوجوب مأخوذ من قوله: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾[2]، والمأخوذ في هذه الآية جوازُ صرفِها إليهم، وامتناعُ صرفها إلىٰ غيرهم، ثم إذا ثبت الوجوبُ بسببٍ آخرَ، وبأن جواز الصرف إليهم وامتناعه إلىٰ غيرهم، تعيَّن الصرُف إليهم بحكم الحالِ لا بموجب اللفظِ، وإلا فالآية ما سيقت إلا لبيان جواز الصرف إليهم.

---

(١) وقد منع الحنفية كَوْنَ الظاهرِ من الآية التسويةَ بين الأصناف الثمانية، ومنعوا أيضًا قياس ذلك علىٰ قول الرجل في الوصية: ثلث مالي لفقراء الغزاة وفقراء الفقهاء، قالوا: لأن الاشتراك في الآية ليس موجَبَ الصيغة؛ إذ الصيغة لا توجب الاشتراك والتسوية بينهما؛ بل موجب الصيغة جواز الصرف لهم، إلا أن في باب الوصية لما جعل الثلث حقًّا لهما دون غيرهما، وهو شيء معلوم لا يزيد بعد الموت، ولا يتوهم له عدد، وليس أحدهما بأولىٰ من الآخر، فقسم بينهما علىٰ السواء نظرًا لهما جميعا، فأما الصدقات فليست بأموال متعينة لا تحتمل الزيادة والمدد حتىٰ يُحرم البعض بصرفها إلىٰ البعض بل يردف بعضها بعضًا، وإذا فني مال يجيء مال آخر، وإذا مضت سنة تجيء سنة أخرىٰ بمال جديد، ولا انقطاع للصدقات إلىٰ يوم القيامة، فإذا صرف الإمام صدقة يأخذها من قوم إلىٰ صنف منهم لم يثبت الحرمان للباقين؛ بل يحمل إليه صدقة أخرىٰ فيصرف إلىٰ فريق آخَرَ، فلا ضرورةَ إلىٰ الشركة والتسوية في كل مال يحمل إلىٰ الإمام من الصدقات. ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٤٧.

(٢) سورة الأنفال، جزء من الآية (٤١).

❁ **قلنا:** هذه زيادة ضمَمْتُموها إلىٰ الآية ليستتِبَّ تقديركم، ومجرد الآية غير مُشْعِرٍ إلا بوجوب صرف الصدقات إلىٰ هؤلاء وإثبات استحقاق الأخذ لجميعهم/، إما لكونهم مقصودين بالحق، وإما لاستحقاقهم القبضَ بالنيابة عن الله، ولو كان المراد ما ذكروه لقال: إنما الصدقات للفقراء أو المساكين، فإذ عدَل عن صيغة التخيير إلىٰ الواو الموجِبة للتشريك، دلَّ ذلك علىٰ خلاف ما رامُوه[1].

[٢٢٤/ب]

❁ **فإن قيل:** والواوُ قد يُستعمل بمعنىٰ «أو»؛ لأنه يُقال لمن يُراد تنبيهُه علىٰ مَن له أهليَّةُ المجالسة: جالِسِ الحسنَ وابنَ سِيرينَ؛ كما نقله أهلُ اللسان[2]، والمعنىٰ[3] جالِسْ هذا الجنسَ أيَّ واحدٍ أردتَّ؛ علىٰ طريق التخيير لا علىٰ طريق الجمع.

❁ **قلنا:** الواو ليس ظاهرًا في التخيير، ولكنه محتمل له، فعلىٰ مَن يدَّعيه دليل يذكره للصرف عن الظاهر إلىٰ المحتملِ؛ كيف وقد ذكر العامِلِينَ

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٨/٤٧٩.

(٢) الأصل في «الواو» أنها تأتي لمطلق الجَمْعِ، وقد تخرُجُ الواو عن إفادة مطلق الجمع، وذلك أن تكون بمعنىٰ «أو»، وذلك علىٰ ثلاثة أوجه؛ أحدها: أن تكون بمعناها في التقسيم، نحو: الكلمة اسم وفعل وحرف، والثاني: بمعناها في الإباحة؛ كقولك: جالس الحسن وابن سيرين؛ أي: أحدَهما؛ والثالث: بمعناها في التخيير؛ كقول الشاعر:

وَقَالُوا نأتِ فاختَرْ لَهَا الصَّبْر والبكا ... فَقلت البُكا أشفىٰ إذن لغليلي

أي: الصبر أو البكاء. وقول الآخر:

وننصُرُ مولانا ونعلم أنَّه ... كما الناس، مَجرومٌ عليه، وجارمٌ

أي: مجروم عليه أو جارم. ينظر: الجنىٰ الداني في حروف المعاني، ص١٦٦ ومغني اللبيب، ص٤٦٨، والقاموس المحيط، ١/١٣٥٤.

(٣) في الأصل «معنىٰ»! والمثبت هو الصواب.

في السياق ؟! والإجماعُ منعقد على أنه لو صرف الكُلُّ إلى العامل، لم يجُزْ، ولو كان المراد به التخييرَ لجاز الصرف إليه.

❊ **فإن قيل**: إذا بان أنَّ ما ذكرناه مُحتمِلٌ؛ فيدل على تقدير الاحتمالِ أمورٌ ثلاثةٌ[1]؛ **أوَّلُها** أنه لو كان تمليكًا لهم بطريق التشريك لوجب استيعابُ آحادِ الفقر.

الثاني: أنه لو فُقِدَ العامِلُ والمؤلَّفةُ والرِّقابُ ومَن فُرِضَ مِن هولاء، جاز صرفُ نصيبِ المفقود إلى الباقينَ، فليس يخلو، إما أن صُرِفَ[2] إلى الموجود نقلًا من المفقود بطريق التلَقِّي، أو صُرِفَ إليه؛ لأنَّ له أهليَّةَ أخْذِ الجميع، بطَل أن يُقالَ: انتقل إليهم بطريق التلقي من المفقود؛ فإن المفقود لم يثبت له، فكيف انتقل منه ؟! على أن الانتقال وراثةٌ تستدعي رابطةً، ولم يعتبَرْ فيه رابطةٌ، وهذا أقوى الأدلة.

والثالث: أن الإمام لو أخذ الزكاة وصرف زكاة واحدٍ بكمالِه إلى واحدٍ ولم يُفَرِّقْه على الثمانية، جاز، ولو كان قبل التسليم إلى الإمام مستَحقًّا لهم على الشركةِ، لكان الشخصُ الواحدُ لا يستحقُّ إلا ثلثَ الثُّمُنِ، فلِمَ يُزادُ عليه.

الرابع: أنَّه إن جُوِّز التفاوتُ بينهم فقد جُوِّز الحِرْمان عن البعض،

(١) كذا ذكر المصنف، وهو سبق قلم، وصوابه: «أمور أربعة»؛ فقد ذكر أربعة أوجه تدل على تقدير الاحتمال لا ثلاثة.

(٢) كذا في الأصل، والأولى بنظم الكلام أن تكون الكلمة (يصرف)، وكذا نفس الكلمة الواردة في نفس السياق؛ لأن كلاً منهما في سياق تقرير الاحتمال الذي ذكره المصنف. والله أعلم.

وتخصيصُ البعض، فصَرْفُ الزيادة إلىٰ مَن صُرف إليه ليس إلَّا لأنَّ له أهليةَ أَخْذِ الجميع، وإلَّا فإذا جاوز الثُّمن فلا مَردَّ للإضافة، وإن قُلْتُم: تُحجَبُ التسوية بين المقادير في الأصناف، ثم تجب التسوية بين الثلاثة مِن كل صِنفٍ، كان ذلك تحكُّمًا لا يعرف له مستندٌ.

۞ قلنا: أمَّا الأول ففاسد؛ فإنَّ استيعابَ الفقراء علىٰ كثرتهم غيرُ ممكن، فسقَط ذلك بالضرورة، وبعد النزول عن الاستيعابِ لا يبقىٰ إلا أقَلُّ الجَمْعِ[1]، وهذا كما تَرَوْنه في الوصية؛ فإنه إذا قال: أوصيت للفقراء والفقهاء؛ فلا يجب استيعابُ الأصناف، ولا يجوز الحرمانُ، وإنْ منَع مانعٌ، ظهر الكلام عليه في الوصية، واتَّضح وجه الجمع بينه وبين ما إذا أوصىٰ لأشخاص معدودين، فذكر الأصناف بأوصافهم؛ كذِكر الأشخاص بأسمائهم.

أما الثاني: فلسنا نقول: إن الآية سِيقَتْ للتمليك علىٰ طريق التشريك؛ بل نقولُ: سيقت لإيجاب/ الصرف إلىٰ جميعهم، وظهر منه[2] قصدُ استيعابِ ذَوي الحاجات من الأصناف، فإذا لم يُوجَدِ البعضُ فالباقي استيعابٌ، فقد حصل أداء الزكاة واستيعاب المحتاجين. [٢٢٥/أ]

---

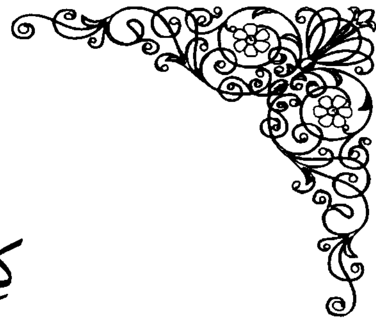
(١) اختلف الفقهاء وأهل اللغة في أقل الجمع هل هو اثنان أو ثلاثة، فمن ذاهب إلىٰ أنه اثنين ومن ذاهب إلىٰ أنه ثلاثة، ولكل فريق حجته ودليله، والظاهرُ أن التثنية وُضِعَ لفظُها بعد الجمع لِمَسِيس الحاجة إلىٰ الجمع كثيرًا، ولهذا لم يُوجد في سائر اللغات تثنية، والجمع موجود في كل لغة، وَمِنْ ثمَّ قال بعضهم: أقلُّ الجمع اثنان كأن الواضع قال: الشيءُ إمَّا واحدٌ وإما كثير لا غيرُ فجعل الاثنين في حدِّ الكثرة. وانظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم، ٣٩١/٤، والمزهر في علوم اللغة وأنواعها، ٣٩/١، والبلغة إلىٰ أصول اللغة، ص٨٠.

(٢) أي: من سياق الآية.

وأما الثالث، وهو جوازُ تخصيص الإمام: فالسبب فيه أنه نائبٌ عن جِهة المستحقِّين في القبض، وإذا وصلت إليه فقد وصل إليهم وخرجوا عن العُهدة؛ فإنَّ يدَه يدُهم، ولو تلَف في يده لم يكن من ضمان الملاك، فيبقىٰ بعد ذلك التخصيصُ تصرفًا من جهة الإمام بتعيين الأنصباء؛ كما يفعله الإمام في تخصيص كل غانم بعين من الأعيان، وإن كان أصل الغنيمة علىٰ الشركة.

وأما الرابع: فقد اختلف فيه الأصحاب، والأظهرُ وجوب التسوية؛ لأنه في التسوية مطابَقٌ للظاهر، ومُمْتَثِلٌ للأمر بيقين، وفي التفاوت مُقتحَمٌ للاحتمال، والباب بابُ العبادات، ومَحَلُّ تَركِ القياس والاحتمالاتِ، فالوفاء بجميع المقاصد أحزم، فيُقضىٰ ببراءة الذمة عند تحقُّقِ الوفاء بالمقاصد، وعند الترددِ يُستصحَبُ أصلُ الشَّغْلِ؛ والله أعلَمُ/[1]. ٢٢٥/ب

(١) كتب آخر هذا الجزء: (تم الرُّبْعانِ؛ العباداتُ والبيوع بحمد الله وحُسن توفيقه في يوم الثلاثاءِ قُبَيل الظهر من اليوم الثالث والعشرين من جمادىٰ الآخرة، سنة ثمانٍ وتسعين وخمسمئةٍ، بمدينة القدس في مدرسة صلاح الدين ﷺ، بباب الأسباط، كُتِبَ من أصل صحيح، قد قوبل بسوادِ مصنِّفِه، وكتب منه وروجِعَ المصنِّفُ في موقعِ الزَّلَلِ منه وأصلح، وكان الأصل كُتب بمدينة السلام سنة سبع وثمانين وأربع مائة، وكان بخط القاضي الإمام أبي المكارم عبدالكريم بن عبدالصمد البوسنجي، وهو... بخزانة المدرسة المذكورة... الفقيه أبو الفضل النابلسي بعد أن صار إليه من المسترشد بالله أمير المؤمنين.
كتبه عبدالرحمن بن عثمان بن موسىٰ الشهرزوري بتاريخه المذكور رحم الله من دعا له ولوالديه بالعفو والغفران ولجميع المسلمين، عبد مذنب ورب غفور، كتبه تذكرة لولديه عثمان وأحمد جعلهما الله من الصالحين والفائزين برحمته؛ إنه جَوَاد كريمٌ، وصلَّىٰ الله علىٰ نبينا محمد وآله أجمعين) ثم جاء بعده ما نصه: (عورض بالأصل باستفراغ الوسع عارضة المرتجي من الله تعالىٰ النفع به وبسائر العلوم الدينية: عثمان بن عبدالرحمن بن عثمان، وفقه الله لطاعته، وبلَّغه مُناه من العلوم آمين بسلام).

كِتَابُ النِّكَاحِ

❁ **مَسْأَلَة: لا نِكاح إلا بولي**[1]؛ خلافًا لأبي حنيفة[2]، وللمسألة طرفان: أحدُهما في سلب الاستقلال، والآخر في سلب العبارة، **والمعتمَدُ** في سلب الاستقلال قوله ﷺ: «**أيُّما امرأةٍ نَكَحَتْ بغيرِ إذْنِ وليِّها، فنكاحها باطلٌ، باطلٌ، باطلٌ، فإن مسَّها فلها المهر بما استحل مِن فَرْجِها، فإن اشتَجَروا فالسلطان وليُّ مَن لا وليَّ له**»[3]، وعلىٰ الحديثِ ثلاثةُ أسئلة:

---

(١) ينظر: الأم، ٥/١٣، والحاوي الكبير ٩/٣٨، والوسيط، ٥/٥٨، وأسنىٰ المطالب، ٣/١٢٥، وهو قول سفيان الثوري وابن شبرمة وابن أبي ليلىٰ والأوزاعي وابن المبارك، ومذهب جماهير الفقهاء من المالكية والحنابلة والظاهرية، وهو رواية عن القاضي أبي يوسف. ينظر: اختلاف الفقهاء، ص٢١٨، والمحلىٰ بالآثار، ٩/٢٥، وفتح القدير، ٣/٢٥٦، والتلقين، ص٢٧٩، والبيان والتحصيل، ١٠/١٠٥، والفواكه الدواني، ٢/٤٩، والمغني، ٧/٦، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٨/٦٦، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٢/٦٣٧.

(٢) ينظر: المبسوط، ٥/١٠، بدائع الصنائع، ٢/٢٤٧، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/١١٧، فتح القدير، ٣/٢٥٦، وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل، وعند محمد بن الحسن يتوقف العقد علىٰ إجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فإن أجازه الولي جاز وإن أبطله بطل إلا أنه إذا كان الزوج كفؤًا لها ينبغي للقاضي أن يجدد العقد إذا أبىٰ الولي أن يزوجها منه. ينظر: المبسوط، ٥/١٠، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٨/٦٦.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤١)، كتاب الوصايا، باب من قال لا نكاح إلا بولي، ١/١٧٥، وابن أبي شيبة في المصنف (١٦١٦٧)، كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، ٤/١٢٨، وأحمد في المسند (٢٤٢٠٥) ٤٠/٢٤٣، والدارمي في السنن=

الأَوَّلُ: قولُهم: إن راويَ الحديث سُليمانُ بن موسىٰ[(١)] عن الزُّهْريِّ[(٢)]، وقد رُوجِعَ الزُّهريُّ فقال: لا أعرفه[(٣)]، والشيخ إذا أنكر الحديث انخرَمَتِ

= (٢٢٣٠) كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي، ١٣٩٧/٣، وابن ماجه في السنن (١٨٧٩) كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ٦٠٥/١، وأبو داود في السنن (٢٠٨٣) كتاب النكاح، باب في الولي، ٣٢٩/٢، والترمذي في السنن (١١٠٢) أبواب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ٣٩٩/٣، والنسائي في السنن الكبرىٰ (٥٣٧٣) كتاب النكاح، باب الثيب تجعل أمرها لغير وليها، ١٧٩/٥، والدارقطني في السنن (٣٥٢٠) كتاب النكاح، ٣١٣/٤، والحاكم في المستدرك (٢٧٠٦)، ١٨٢/٢، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٣٩٨٣) كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ١٠٥/٧. كلهم من حديث ابن جريج عن سليمان بن موسىٰ عن الزهري عن عروة عن عائشة. قال الحاكم: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين» وصححه ابن عبد الهادي، والزيلعي، وابن الملقن وغيرهم من أئمة الحديث. ينظر: تنقيح التحقيق، ٢٨٦/٤، ونصب الراية، ١٤٨/٣، والبدر المنير، ٥٥٣/٧.

(١) سليمان بن موسىٰ الأموي بالولاء، أبو الربيع أو أبو أيوب، المعروف بالأشدق، من قدماء الفقهاء، دمشقي، كان ينعت بسيد شباب أهل الشام. قال ابن لهيعة: ما رأيت مثل سليمان، كان في كل يوم يحدث بنوع من العلم، صدوق فقيه في حديثه بعض لين وخولط قبل موته بقليل، مات سنة (١١٥)، وقيل: (١١٩). ينظر: الجرح والتعديل، ١٤١/٤، وسير أعلام النبلاء، ٤٣٧/٥، وتهذيب التهذيب، ٢٢٧/٤.

(٢) محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري، من بني زهرة بن كلاب، من قريش، أبو بكر: أول من دون الحديث، وأحد أكابر الحفاظ والفقهاء. تابعي، من أهل المدينة. كان يحفظ ألفين ومئتي حديث، نصفها مسند. وعن أبي الزناد: كنا نطوف مع الزهري ومعه الألواح والصحف ويكتب كل ما يسمع. نزل الشام واستقر بها. وكتب عمر بن عبد العزيز إلىٰ عماله: عليكم بابن شهاب فإنكم لا تجدون أحدا أعلم بالسنة الماضية منه، توفي سنة (١٢٤). ينظر: التاريخ الكبير، ٢٢٠/١، والتاريخ الصغير ٣٢٠/١، وتاريخ الفسوي ٦٢٠/١، والجرح والتعديل، ٧١/٨، معجم المرزباني، ص٣٤٥، وحلية الأولياء، ٣٦٠/٣، ٣٨١، وسير أعلام النبلاء، ٤٣٦/٣.

(٣) قال ابن جريج: «ثم لقيت الزهري فذكرت ذلك له فلم يعرفه». انظر: الأوسط لابن المنذر، ٢٦١/٨.

الثقةُ بقولِ الراوي عنه؛ كشهود الأصل إذا أنكَروا[1].

والجوابُ مِن وجهين:

أحدهما: أنَّ الحديثَ صحَّ بطرقٍ سوىٰ طريقِ الزهري؛ فقد روىٰ هشامٌ[2] عن عُرْوَةَ[3]، وهشامٌ بدَلَ الزهريِّ، وروىٰ شَدَّادُ بن الهادِ[4] عن عائشة ﵁، وشَدَّادٌ بدلَ عُرْوةَ، وقد تواتر عنه مطلقًا أنه قال: لا نِكاح إلا بوليٍّ، وفي بعض الرويات: ولا كان فيه ولي فهو مردود[5].

---

(١) يقصد: إذا رجع الشهود الأصليون عن شهادتهم قبل الحكم، فإن شهادتهم تسقط بذلك. ينظر: الحاوي الكبير، ٢٥٣/١٧.

(٢) هشام بن عروة بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي، أبو المنذر تابعي، من أئمة الحديث، من علماء المدينة، ولد وعاش فيها، وزار الكوفة فسمع منه أهلها، ودخل بغداد وافدًا علىٰ المنصور العباسي، فكان من خاصته وتوفي بها، روىٰ نحو أربع مئة حديث، وأخباره كثيرة، ثقة فقيه ربما دلس، مات سنة (٤٦). ينظر: وفيات الأعيان، ١٩٤/٢، ونسب قريش، ص٢٤٨ وميزان الاعتدال، ٢٥٥/٣، وتاريخ بغداد، ٣٧/١٤، والأعلام، ٨٧/٨.

(٣) عروة بن الزبير بن العوام الأسدي القرشي أبو عبد الله، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، كان عالما بالدين، صالحا كريما، لم يدخل في شيء من الفتن، وانتقل إلىٰ البصرة، ثم إلىٰ مصر فتزوج وأقام بها سبع سنين. وعاد إلىٰ المدينة فتوفي فيها، وهو أخو عبد الله بن الزبير لأبيه وأمه، وبئر عروة بالمدينة منسوبة إليه. ينظر: جامع التحصيل، ٢٣٦/١، ووفيات الأعيان، ٣١٦/١، وسير أعلام النبلاء، ٤٢٣/٤

(٤) كذا في الأصل، وصوابه: عبد الله بن شداد بن الهاد، لأن أباه ليس له رواية عن أم المؤمنين عائشة، إنما ابنه عبد الله، وشداد هو ابن الهاد الليثي المدني، قيل: اسمه أسامة ولقبه شداد واسم الهاد عمرو، له صُحبَةٌ، وشهد الخندق وسكن المدينة وتحول إلىٰ الكوفة وله رواية عَنِ النبي ﷺ وعن ابن مسعود، وكان من أسلاف النَّبيّ ﷺ لأن سلمىٰ أخت ميمونة لأمها ومن أسلاف أبي بكر، وله حديث واحد، ليس له مسند غيره. ينظر: التاريخ الكبير، ٢٢٤/٤، ومعجم الصحابة للبغوي، ٢٨٧/٣، والإصابة في تمييز الصحابة، ٨٧/٥.

(٥) وقد ذكر ابن الملقن في البدر المنير طرق هذا الحديث وروایاته. انظر: البدر المنير، ٥٥٣/٧.

والجواب الثاني: أن العَدْلَ إذا خرَم النقل والشيخُ لم يجزِم التكذيبَ، بل قال: لا أعرف، لم يسقُطِ التمسُّكُ بالحديث؛ بل يتعيَّنُ تصديقُ كل واحد منهما، ويُحمل قولُه: لا أعرِفُ؛ على النسيانِ، ولا يُلْفىٰ في الدهرِ مُحدِّثٌ يحفَظُ جميع ما رواه في عُمُرِه في كلِّ حالِه[1]، وسُليمان بن موسىٰ ثِقَةٌ يتعيَّنُ تصديقُه ما أمكن، وكيف لا وقد خرج له مسلمٌ[2]، ووثَّقه يحيىٰ بن مَعِينٍ[3]؟! وقال عطاءٌ: سيِّدُ شبابِ أهل الشامِ، وأثنىٰ الزهري علىٰ سليمان بن موسىٰ ومدَحه بالحِفظ[4]، وروىٰ الحديثَ عن الزُّهري سوىٰ سليمانَ محمدُ بن إسحاقَ صاحبُ المغازي[5]، ....

---

(١) قال ابن عبد الهادي تعقيبا علىٰ ذلك: «وإذا ثبت هذا عن الزهري كان نسيانا منه، وذلك لا يدل علىٰ الطعن في سليمان لأنه ثقة، ويدل علىٰ أنه نسي: أن هذا الحديث قد رواه عنه جعفر بن ربيعة وقرة بن عبد الرحمن وابن إسحاق، فدل علىٰ ثبوته عنه. والإنسان قد يحدث وينسىٰ، قال أحمد بن حنبل: كان ابن عيينة يحدث بأشياء ثم يقول: ليس هذا من حديثي، ولا أعرفه. وروي عن سهيل بن أبي صالح أنه ذكر له حديث فأنكره، فقال له ربيعة: أنت حدثتني به عن أبيك! فكان سهيل يقول: حدثني ربيعة عني....» ينظر: تنقيح التحقيق، ٢٨٧/٤.

(٢) أخرج مسلم بسنده لسليمان بن موسىٰ ثلاثة أحاديث، ينظر صحيح مسلم، ١٥/١، (١٥٣٦).

(٣) ينظر: تاريخ ابن معين ـ رواية الدارمي، ص/٤٦.

(٤) ينظر: الجرح والتعديل، ١٤١/٤، وسير أعلام النبلاء، ٤٣٧/٥، وتهذيب التهذيب، ٢٢٧/٤

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ، ١٧١/٧.

ومحمد بن إسحاق هو ابن يسار بن خيار، وقيل: ابن كوثان، العلامة، الحافظ، الأخباري، أبو بكر ـ وقيل: أبو عبد الله ـ القرشي، المطلبي مولاهم، المدني، صاحب السيرة النبوية، ورأىٰ: أنس بن مالك بالمدينة، وسعيد بن المسيب، وحدث عن: أبيه، وعمه موسىٰ بن يسار، والزهري وخلق كثير، إمام المغازي صدوق يدلس ورمي بالتشيع والقدر، مات سنة خمسين ومائة ويقال: بعدها. ينظر: طبقات ابن سعد، ٣٢١/٧ ـ ٣٢٢،=

وقُرَّةُ بن عبد الرحمن[1]، ومحمدُ بن أبي موسىٰ، وجعفرُ بن ربيعةَ[2].

وأما الشهادات فهي مظِنَّةُ التعبُّدات والتقييدات، فلا تُتَلقَّىٰ منها الرواياتُ، وأَخَصُّ دَلالةٍ علىٰ الفرق جوازُ قبول رواية الفَرعِ مع إمكانِ مراجعة الأصل وحضورِه؛ بخلاف الشهادات، وإن أبْدَوا فيه مِراء فليُلْتَفتْ إلىٰ عصر رسول الله ﷺ؛ كيف اكتفىٰ النساءُ بقولِ أزواجِهن مع حضور الرسول؟! وكيف اكتفىٰ أهلُ القرىٰ بقول وُلاةِ رسول الله ﷺ؟! وذلك أيضًا جارٍ في مسألتنا[3].

= ٣٢٧، وتاريخ خليفة، ١٦، ٤٢٦، والتاريخ الكبير، ١/٤٠، والتاريخ الصغير، ٢/١١١، والمعرفة والتاريخ، ٢/٢٧، ٢٨، والجرح والتعديل، ٧/١٩١ ـ ١٩٤.

(١) قرة بن عبدالرحمن بن حَيْوَئِيلَ بن المعافري البصري، ويقال: اسمه يحيىٰ، صدوق، له مناكير، وقال ابن عدي: أرجو أنه لا بأس به، وقال أبو حاتم: ليس بقوي، وقال أبو زرعة: الأحاديث التي يرويها مناكير، وقال أحمد: منكر الحديث جداً. وقال يحيىٰ: ضعيف الحديث، مات سنة (٢٤٧). ينظر: الجرح والتعديل ٧/١٣٢، وأحوال الرجال ص ١٦٥، والمعرفة والتاريخ ٢/٤٦٠، والكامل ٦/٢٠٧٧، والتقريب ٢/١٢٥..

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٤٣٧٢)، وابن ماجه في السنن (١٨٧٩) والبيهقي في السنن الكبرىٰ، ٧/١٧١، ١٧٢.

وجعفر هو ابن ربيعة ابن الأمير شرحبيل بن حسنة الكندي، الفقيه، الإمام، أبو شرحبيل الكندي، حليف بني زهرة بن كلاب، سكن مصر، أو ولد بها، حدث عن: أبي سلمة بن عبد الرحمن، وأبي الخير مرثد اليزني، وعراك بن مالك، والأعرج، وعدة. حدث عنه: الليث بن سعد، وبكر بن مضر، وعبد الله بن لهيعة، وآخرون.

وثقه: ابن سعد، والنسائي، مات سنة (١٣٢). ينظر: التاريخ الكبير، ٢/١٩٠، والتاريخ الصغير، ٢/٤٠، والجرح والتعديل، ٢/٤٧٨، وتاريخ الإسلام، ٥/٢٢٣، وتهذيب التهذيب، ٢/٩٠ ـ ٩٢.

(٣) والفرق الأبرز بين الرواية والشهادة كما نقله القرافي هو أن الشهادة والرواية وإن كانتا=

السؤال الثاني: طلب تأويل الحديث بعد الاعتراف بصحَّتِه، وله فيه مسالك رديّئَةٌ؛ مثلُ تخصيصهم المرأةَ بالصغيرة، والرقيقَ بالمكاتبة[1] ولا يخفىٰ علىٰ مُحصِّلٍ فسادُ ذلك، وأنه لا يجوزُ أن يُراد بهذه الصيغة العامَّةِ هذه المُسمَّيَاتُ الخاصة النادرةُ، وفي مساق الحديث ما يدرَأُ بعضَ هذه الخَيالاتِ، ولا حاجةَ إلىٰ الإطناب في الواضحات، وإنما الذي يقرُبُ بعضَ القُرْبِ قولُهم: المرادُ النكاحُ مِن غير كفؤٍ، والمراد بالبطلان توقعُ الإبطال في ثاني الحال، ووجه تقريره أنه ليس/ في هذا التأويل إلا تعرُّضٌ لِلَفْظين أحدُهما [٢٢٦/أ] قوله: «نَكَحَتْ»، وهو عامٌّ يشمل الكُفؤَ وغيرَ الكُفؤِ، فتخصصيه بغيرِ الكُفُؤِ قريب من وجهين:

أحدهما: أن النكاح بغير إذن الولي يجري مع غير الكُفؤ غالبًا، فإنَّ الولي يرغب في الكفؤ، وإذا كان راغبًا استغنت المرأة عن الإنسلالِ عن جلباب المروة بمباشرة العقد، فالنكاح بغير الإذن عبارة عن نكاحِ غيرِ الكفؤ، فإنه الواقع الغالب الذي يُعَدُّ خلافُه بعيدًا نادرًا، وإذا قيل: نَكَحَتْ فلانةُ بغيرِ وليٍّ سبق إلىٰ الإفهام أنها نَكَحَت رَذْلًا[2] لا يساويها حتىٰ افتقرت إلىٰ الاستقلال

= خبرين إلا أن المخبر عنه إن كان أمرًا عامًّا لا يختص بمعين فهو الرواية كقوله ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات**»، والشفعة فيما لا يقسم لا يختص بشخص معين بل ذلك علىٰ جميع الخلق في جميع الأعصار والأمصار؛ بخلاف قول العدل عند الحاكم لهذا عند هذا دينار إلزام لمعين لا يتعداه إلىٰ غيره، فهذا هو الشهادة المحضة، والأول هو الرواية المحضة؛ ولما كان قول الزهري من باب الرواية لاختصاصه بجميع الخلق لم يؤثر فيه رجوعه ونسيانه، فاندفع ما أوردوه علىٰ هذا الحديث. ينظر: الفروق للقرافي، ١/٥.

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي، ٥/١٢.

(٢) الرذل: هو الدُّون الخسيس. ينظر: الصحاح، ٤/١٧٠٨.

دون الولي[1].

والثاني: هو أنه رتَّب البُطلان علىٰ عدم الإذن، وجعَل عدم الإذن كالعِلَّةِ الموجبة للبُطلان، والذي يُعتبر فيه إذنُ الولي سقوطًا وثبوتًا حقُّ الكفاءة، فأما العقدُ في نفسه علىٰ أصل الشافعي: لا[2] يتأثرُ بإذن الولي إذا صدر من المرأة بل يقضي ببطلانه بكلِّ حالٍ، ونزل قولُه في التقدير منزلةَ قول القائل: أيما امرأةٍ تولَّتِ القضاءَ بغير إذن الولي، فتوليتُها باطلٌ؛ مع العلم بأنَّها ليست أهلًا لولاية القضاء؛ أذِنَ الوليُّ أو لم يأذن، وذلك يرُدُّ الكلامَ إلىٰ حدِّ الرَّكيكِ.

واللفظ الآخر: الذي تعرَّض التأويل له قولُه: «فنكاحها باطل»؛ إذ البُطلانُ غيُر ناجِزٍ عندهم؛ فيقولون: المشرفُ علىٰ الحُصولِ قد يُسمَّىٰ حاصلًا

---

(١) وما ذكره المصنف من تعليل لا يلزم الحنفية بوجه؛ لأنهم وإن كانوا يقرون بنقصان عقل المرأة إلىٰ حد ما وتأثير ذلك في أبواب الشهادات وما شابه ذلك، إلا أنهم في هذا الباب يجيزون مباشرتها عقد النكاح من أجل أنها لها الأهلية التامة في إمضاء العقود واستيفاء الحقوق، وإنما يخصص بغير الكفؤ لأن غير الكفؤ لا يضر بها فحسب، بل يلحق الضرر بأوليائها أيضا. يقول السرخسي في هذا السياق: «والمعنىٰ فيه أنها تصرفت في خالص حقها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فينعقد تصرفها كما لو تصرفت في مالها، وبيان الوصف أن النكاح من الكفؤ بمهر المثل خالِصُ حقِّها؛ بدليل أن لها أن تُطالب الولي به، ويُجبر الولي علىٰ الإيفاء عند طلبها، وهي من أهل استيفاء حقوق نفسها، فإنما استوفت بالمباشرة حقها وكفت الولي الإيفاء، فهو نظير صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه فاستوفىٰ كان استيفاؤه صحيحا، فكذلك هنا....». ينظر: المبسوط، ٥/١٢.

(٢) كذا في الأصل: «لا» بدون فاء، والجادة اتصاله بالفاء؛ لوقوعها في جواب أما، والمثبت جائز أيضًا علىٰ قول ابن مالك وغيره في جواز حذف الفاء من جواب أما في الاختيار وسعة الكلام، ولم يخصه بالشعر، فقال: «ومن خصَّ هذا الحذفَ بالشعر حاد عن التحقيقْ، وضيَّق حيث لا تضييقْ، بل هو في غير الشعر قليل، وهو فيه كثير». ينظر: شواهد التوضيح لمشكلات الجامع الصحيح، ص١٩٢ وما بعدها.

في العبادات؛ إذا كان حصوله قريبًا غالبًا؛ يقال لمن قارب مكة في وقت الحج: قد أدرك الحج، وهو مدرك للحج؛ أي: سيُدْرِكُ علىٰ قُرْبٍ؛ إذ أمِنَ فواتَه غالبًا، وكلُّ نكاحٍ أنشأته المرأة علىٰ رغم الولي فهو علىٰ التحقيق مُعَرَّضٌ للإبطال، ويمكن أن يُقَرَّرَ مِن وجهٍ آخر، وهو أن المعنيَّ به: أيُّما امرأةٍ نَكَحت بغير إذن وليِّها، فردَّ الوليُّ نكاحَها وأبطل، فهو باطلٌ، وقولُنا: أبطل الوليُّ؛ مُضْمَرٌ في الكلام يدلُّ عليه سياقُه، وإن حُذِفَ إيجازًا معناه ما أنشئ علىٰ رغم الولي وهو رادٌّ له ومبطلٌ، فهو باطل، والغالب أن ما يُنشأُ علىٰ رَغْمِه فيكون إبطالُه وردُّه مقارنًا، وقد يحذفُ اللفظُ إذا دلَّ عليه سياقُ الكلام؛ قال تعالىٰ: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾[1]؛ أي: فأفطَرَ دافعًا لضرر المرض والسفر، فعِدَّة من أيام أُخَرَ، وكذلك قولُه تعالىٰ في رُخصة الحَلق عند التأذي بهَوَامِّ الرأسُ؛ إذ قال: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ﴾[2]: معناه: فحلَق ففِديةٌ، والحَلْقُ محذوف؛ لأن السياق يدل عليه، وقوله: «وإن مسَّها فلها المَهرُ بما استحَلَّ...» معناه: إنْ مسَّها بعدَ إبطالِ الولي وهو جاهلٌ؛ فهذا وجه تقريبِ هذا التأويل[3].

❁ قلنا: هذا التأويل باطلٌ؛ فإنَّه وصَفَ نكاحَ المرأة إذا استقلَّتْ به بالبطلان، وكرَّر صفةَ البُطلان ثلاثًا تأكيدًا، وعند أبي حنيفة: نكاح المرأة إن جرىٰ مع كفؤ فهو صحيح في الحال والمآل، لازم وإن جرىٰ مع غير الكُفؤ فهو صحيح في الحال، مُفيدٌ للحلِّ، وقد يُتوقَّعُ دَوامُ الصحة بسكوت

(١) الآية (١٨٥) من سورة البقرة، وينظر: الخصائص، ٢/٣٩٤، وتفسير الثعالبي، ١/٢٨٩.
(٢) الآية (١٩٦) من سورة البقرة، وينظر: الخصائص، ٢/٣٩٤.
(٣) ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٢٤٧.

الوليِّ عن الرد، ويُتوقَّعُ/ البطلان أيضًا، ووصْفُ مِثلِ هذا النكاح بالبطلانِ [٢٢٦/ب] ناجزًا مع التأكيدِ ثلاثًا خُلْفٌ في الكلام قَطْعًا؛ إذ هو إلغازٌ وتلبيسٌ للمقصود بما [لا][1] تتقبَّلُه الأفهام أصلًا، فتقديرُ النكاح من غير كُفؤٍ، وتقديرُ الردِّ من الولي لا مَحالةَ إمَّا مُقاربًا أو متراخيًا لا يحتمِلُه اللفظُ، ويَنْبو عنه الفَهمُ، كيف ونُفرةُ الولي وعَضْلُه غيرُ مقصورٍ على غير الكفؤ؟! بل قد يرغَبُ الولي عن كثير من الأكْفَاءِ لأغراضٍ لا يخفى، فكيف يُفْهَمُ مِن مُطلَقِ قولِه: «أيُّما امرأةٍ نَكحت بغير إذنِ وليِّها» ما ذكروه، ومَن أحضَر هذا في ذهنه مع ما تواتر من الأخبار مِن ذِكر الولي في قوله: «لا نكاح إلا بولي» إلى غير ذلك من الألفاظ، فَهِم على القَطْعِ أنَّ هذه الألفاظَ مسوقةٌ لسَلْبِ استقلالِها.

السؤالُ الثالثُ: قولُهم: إنَّ مقتضى الحديث صِحَّةُ النكاح بإذن الوليِّ، فكيف أبطَلْتُم نِكاحَها بكل حال؟!

❁ **قلنا:** إن ادَّعَيْتُم أنَّ الحديث ليس يدُلُّ على بُطلان العقد عند وجود الإذن فهو مُسلَّمٌ؛ لا جرَم لا نتلقَّى البطلانَ عند الإذنِ من هذا الحديث، وإنما نتلقاه مِن مأخذ آخرَ يدُلُّ عليه.

وإن قلتم: إنَّ هذا الحديث مفهومه يدلُّ على الصحة، فكيف تركتموه؟ فهذا السؤال منكم لا يصِحُّ؛ فإنكم لا تقولون بالمفهوم ونحن لا نقول بكلِّ مفهومٍ، وهذا مما لا نقول به، ولا يلزَمُنا في الجدال بيانُ ذلك والحصانة في النظر أن لا نزيدَ على هذا القَدرِ، كيف وترْكُ المفهوم بالدليل جائزٌ بالاتفاق؛ مهما ظهر للتخصيص فائدةٌ، وهو مطابقة العُرفِ؟! وقد ظهر له فائدة فترَكْناه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، والسياق يقتضي إثباتها.

بالدليل، وفائدة التخصيص اختصاصُ العُرف به؛ فإنَّ المرأة إذا باشرت استقَلَّت، وإن راجَعَتْ لم تباشِرْ؛ هذا هو الغالب.

وعلىٰ الجملة منظومُ الحديث نصٌّ عليهم ولا يُغنيهم ما ذكروه في مُقابلته(١).

---

(١) وما ذكره المصنف ﷺ مع اتجاهه، إلا أن فيه أمرين:

الأول: في إلزام عامة الحنفية به فيه نظر؛ وذلك أنهم لم يستدلوا بالأصالة بمفهوم هذا الحديث علىٰ صحة النكاح بغير وليٍّ، وإنما مسلكهم في ذلك حمل الحديث علىٰ ظاهره وإجراؤه علىٰ غالب الحال والعادة، وبيانه أنه خرج مخرج الغالب؛ حيث إن النساء غالبًا لا يعقدن النكاح بأنفسهن لاقتضاء ذلك خروجَهن للمحافل، وهو ما لم تجر العادة به، فخروجه مخرج الغالب يمنع الاستدلال به، يقول الكاساني: «فالخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدل علىٰ أن الولي شَرْطُ جواز الإنكاح بل علىٰ وفاق العرف والعادة بين الناس؛ فإن النساء لا يتولَّين النكاح بأنفسهن عادة لما فيه من الحاجة إلىٰ الخروج إلىٰ محافل الرجال، وفيه نِسبتهن إلىٰ الوقاحة، بل الأولياء هم الذين يتولَّون ذلك عليهن برضاهن، فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة علىٰ الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب». ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٢٤٨.

الثاني: أن سؤال الحنفية بالأساس يدور حول إلزام الشافعية بقولِهم: إن الاستثناء من النفي إثبات، وهو ما لا يقول به الحنفية، وبيان ذلك أن قول النبي ﷺ: لا نكاح إلا بولي، فيه استثناء من النفي، وهذا علىٰ قول من يقول بأن الاستثناء من النفي إثبات يقتضي الحكم بصحة النكاح مع وجود الولي مطلقًا، وهذا لا يُسلَّمُ؛ إذ قد يوجد الولي ويتخلَّف غيرُه من الشروط، فالإلزام به من هذه الجهة، وهو أنكم إذا قلتم بذلك يقتضي أن تصححوا النكاح مع وجود الولي مطلقًا، وهذا ما لا تقولون به، فيلزمكم عدم الاستدلال بالحديث علىٰ لزوم وجود الولي لصحة النكاح.

وللمؤلف أن يجيب علىٰ هذا السؤال بغير ما ذكر، وهو أن هذه القاعدة لا تطرد في الشروط الخاصة، ومنها الولي؛ لأن الشروط لما كان وجودها غير مؤثر في وجود المشروط ولا في عدمه، وإنما المؤثر عدمها في عدمه؛ لأن الشرط كما مر ما يلزم من عدمه العدمُ، ولا يلزم من وجودِه وجودٌ ولا عدمٌ، كان من الضروري استثناء الشروط من إطلاق العلماء=

والمعتمدُ المعنويُّ في المسألة يستدعي فرضَ الكلام أولًا في وضعِها نفسَها تحت مَن لا يكافئها.

فنقولُ: فيه نكاحٌ يثبتُ لغير الزوجين الاعتراضُ عليه فلا يُفيدُ الحِلَّ؛ كنكاح الأَمَةِ والعَبْدِ، والتحقيقُ فيه: أن للوليِّ في هذا العقد حقًّا مرعيًّا لا سبيل إلىٰ تفويته؛ وِفاقًا، ولذلك يُسلَّطُ علىٰ إبطال تصرُّفِها مع أنها متصرفة في مِلكِها مِن بُضعها، وإنما بقاء حقِّه بإبطال العقد، وإلا ففي تصحيح العقد تفويتٌ لحقه[1].

❊ **فإن قيل:** إنما ثبت الاعتراضُ لطلب حق الكفاءة ودَفْعِ عار اللئيم عن شجرة النسب، وذلك يحصل بنقض العقد كما في الشفيع.

والجوابُ علىٰ ثلاث مَراتِبَ:

الأول: هو أنَّا نقول: ثبت حق الاعتراض إما لأن العقدَ حقُّه وقد باشره غيرُه، وإما لتضرره بغير الكفؤِ، باطلٌ أن يُحمل عل التضرر بغير الكفؤ؛ فإن الأبَ إذا زوَّج من غير كفؤ تضرر الإخوةُ وتعيَّروا، ولم يثبُتْ لهم الاعتراض لمَّا أن كان حق العقد للأب، فإذا زوَّجتِ المرأة نفسها ولها حق العقد والبُضعُ خالصُ حقِّها، فَلِمَ يثبُتُ الاعتراضُ وضرر الأخوة عند مباشرة الأب

= قاعدة «الاستثناء من النفي إثبات»، وبذلك لا يلزم الشافعية ما ذكره الحنفية في هذا الباب، وهذا وإن كان خروجا من الإلزام بالقاعدة، إلا أنه يضعف من الاستدلال بمفهوم الحديث منفردا، والمسلك ـ كما قرره المصنف آنفا وأكده بعد ذلك ـ هو أن المفهوم احتفت به القرائن الدالة علىٰ اشتراط الولي في النكاح. ينظر: الفروق للقرافي، ٢/١٠٦، التلويح شرح التوضيح، ٢/٤٣، والبحر المحيط للزركشي، ٤/٤٠٣.

(١) ينظر: بداية المجتهد، ٢/١٠، والحاوي الكبير، ٩/٥١، والمغني، ٧/٣٥.

[٢٢٧/أ] كضررهم عند مباشرتها، وكضررهم عند مباشرة أحد الإخوة؟ وإذا/ بطل هذا المعنىٰ تبيَّن أن الشرع جعل مباشرة العقد حقًّا للوليِّ، فإذا صدر منها فينبغي ألَّا يصحَّحَ أصلًا، وهذا وإن أمكن تقريرُه فهو ملائم مذهبَ مالك، ولا يلائم مذهب الشافعي؛ مع مصيره إلىٰ أنَّ أحد الأولياء إذا زوَّج مِن غير كفؤٍ لم يعترضِ الباقون، ولو كان حقًّا لهم لكان يتضمَّن الاستقلال تفويتًا، ولَثَبَت الاعتراضُ كما ثبت علىٰ نكاح غير الكفؤِ[١].

الرتبة الثانية: هو أنَّا نقولُ: اعتراض الشفيع يقطع مادَّة الضرر بالكليَّة، وفسخ الولي يقطع العار في المستقبل، وانعقاد العقد وثبوت الزوجية بين الشريفة والخسيسة سُبَّةٌ ومَعَرَّة علىٰ الشجرة لا يَعدِمُها الفسخُ الطارئ بعد وقوعها، فقد التصق العار بمجرد حصول الزوجية وانعقاد العقد علىٰ وجه لا يُرْحَضُ[٢]؛ فليُحْسَم طريقُه.

الرتبة الثالثة؛ وهي الأقوىٰ: أن النكاح إذا أفاد الحِلَّ وتسلُّطَ الزوجِ علىٰ الغِشيانِ والإحبال؛ فالفسخُ بعد جَرَيان الوطء: تترُّسٌ بعد حزِّ الرقبة،

(١) لعل مراد المصنف ﷺ بملائمة هذا التقرير لمذهب مالك دون الشافعي هو أنه روي عن مالك التفريق بين الشريفة والدنيئة؛ فمنع نكاح الشريفة إلا بوليٍّ، وأجاز نكاح الدنيئة بغير ولي، ويكون وجه مناسبة التقري لقوله هو أنه لما لم يعتبر الولي في الدنيئة مطلقًا واعتبره في الشريفة مطلقًا، دلَّ علىٰ أن اشتراط الولي غير منوط بتحقق الكفاءة؛ لتفريقه بين الدنيئة والشريفة. ينظر: اختلاف الفقهاء للمروزي، ص٢١٩، والإشراف علىٰ مذاهب العلماء، ١٤/٥.

(٢) كتب في حاشية المخطوط توضيح لمعنىٰ الرحض: «الرحض: الغسل؛ يقال: رحضته وأرحضته». أي: إن الفعل يجيء منه وزنُ «فَعَلْتُ» و«أفْعَلْتُ» بمعنىٰ. وينظر: تاج العروس، ٣٤١/١٨.

وتشمُّرٌ بعد لزوم العارِ والتصاقِه؛ علىٰ وجهٍ لا تَرْحَضُه يدُ الدَّهرِ، وربما يجري ذلك علىٰ غَفلة من الولي، ولا ينفعه الفَسْخُ بعده؛ ففي التسلط تفويت لحقِّه، فلا بُدَّ من مراعاته[1].

❊ **فإن قيل**: جانِبُ المرأة أيضًا لا بُدَّ مِنَ الالتفات إليها، فلها حقُّ التصرف في خاصِّ مِلكِها، وكُلُّ تصرفٍ صدَر من أهله وصادف محلَّه؛ فهو سببٌ مُفيدٌ، والفائدة حقٌّ مُستحَقٌّ لمباشِرِ السبب، فليُحكَمْ بالانعقاد لجانبها، وليثبُتِ الاعتراض لجانبه، وهذا كالمشتري للشِّقصِ المشفوعِ يُباشِرُ عَقْدَ البيع والوقف والهبة، فينفُذُ في الحالِ لحقِّ مِلكِه وأهليَّتِه، ثم يعترض الشفيع في ثاني الحال لدفع ضرره؛ فكذلك هذا.

۞ **قلنا**: جانبها مغلوب بجانبه؛ بدليل الدوام فإنه مقطوع عليها وأهليتها، يوجب الدوام يوجب الابتداء، ولكن لما كان الدوام مصادمًا حقَّ الولي ومفوِّتًا تفويتًا لا يُتدارَكُ قُطع؛ فكذلك الابتداءُ يتضمَّنُ تفويتًا لا يُتدارك كما ذكرناه، فليُمنَعْ، وبهذا فارق الشفيعَ.

❊ **فإن قيل**: حقُّ الولي مُقدَّمٌ؛ إذا كان يعلَمُ فواته لا محالة، وفي الدوام لو لم يقطع لفات حقُّه لا محالة، وليس في الحكم بالانعقاد تفويتٌ لحقِّه قطعًا؛ فإنه ربما يتنبَّهُ قبل جريان الوطء ـ وهو الغالب ـ فيَتدارَكُ أو يرضىٰ به فلا يفسَخُ، ففي الإبطال تفجيرُ تفويتٍ عليها، وفي التصحيح توهُّمُ تفويت، والشرع لم يُقدِّمْ موهونَ حقِّه؛ بل قدَّم المعلومَ من حقِّه علىٰ المعلوم من حقِّها، فلا يَسْتَدُّ هذا الاعتبارُ.

(١) كتب قبالة هذا الموضع في الأصل: «بلغ العرض وصح، والحمد لله».

۞ **قلنا**: نعم فواتُ حقه غير مقطوع به؛ إن سلَّمْنا أن نفس العقد ليس بعارٍ، ولكنه مطنون ظنًّا غالبًا؛ فإن المرأة لا تستقِلُّ بالعقد إلا إذا استشعرت إنكارًا من الولي، وعند ذلك تجتهد في الإخفاء إلىٰ قضاء الوطَرِ وحصولِ الغَرضِ، وذلك سهلٌ عليها يسيرٌ، والمظنون قد يُقَدَّمُ علىٰ المعلوم إذا عظُمَ خطرُ المظنونِ، وعليه ابْتَنَىٰ معايشَ الخَلْقِ ومُعاملاتِهم في الدِّين والدنيا؛ أمَّا الدِّينُ فحُكْمُ العقلِ/ والتقوىٰ، وكفُّ النفس عن الهوىٰ لانتظار الثواب في العُقبىٰ، والنصَبُ ناجزٌ في الحالِ معلومٌ، ولذَّةُ الثَّوابِ منتظرٌ في العُقبىٰ موهومٌ، ولكنَّ العقل يدعو إلىٰ تقديم الموهوم العظيم الباقي علىٰ المعلوم الحقير الفاني، وأما في الدنيا فالتاجر يركب البحر ويقتحِمُ الخطر، ويبذُلُ المُؤَنَ في الحال، وينفق الأموال لتهيئة الأسباب في الحظ والترحال، وكل ذلك خسرانُ مالٍ في الحال معلومٌ؛ لتوقُّعِ رِبحٍ في المآل موهومٌ، ولكنَّ غَزارةَ الرِّبْحِ ونَفاستَه وإن كان موهومًا تُحقِّرُ في عقله فواتَ المُؤَنِ والنفقات؛ وإن كان معلومًا، فكذلك ما نحن فيه.

[٢٢٧/ب]

۞ **فإن قيل**: ومَن يُسَلِّمُ عِظَمَ جانبِه وخِفَّةَ جانبها.

۞ **قلنا**: يدُلُّ عليه الدوامُ؛ فإنه قدَّم حقَّه علىٰ حقِّها، وهي متصرفةٌ في مِلكها بأهليتها بزعمهم، فلِمَ أُبطل عليها حقُّها؛ لولا رُجحان جانب الولي، فهذا علىٰ الإبهامِ، بيَّن ثَمَّ تفصيله أنَّا إذا منعناها من غير الكفؤ ورضينا لها بالكفؤ، لم نضُرَّ بها ولم نفوِّتْ عليها إلا شهوةً نُصِبَ وليُّ الطفل ليفوِّتَ مِثلَ ذلك علىٰ الطفلِ، ويحصِّلَ له الكفؤَ، وأما الولي فيناله ضِرارٌ لا جَبْرَ له ولا بدَلَ، فمَرْتبة جانبه مرتبةُ المصالح، ولذلك وجب علىٰ الولي تحصيلُها

للطفل، ومرتبة جانبها مرتبة الشهوات المُناقِضة للمصالح، ولذلك وجب علىٰ الوليِّ اجتنابُها في حق الطفل، ولذلك سُلِّط علىٰ فسخ نكاحها، فيكون حقه مقدمًا علىٰ حقها في الابتداء؛ وإن كان مظنونًا لما ذكرناه؛ فهذا تقرير هذه الطريقة[1].

أما الصورة الثانية: وهو نكاحها مع الكفؤ مبنيٌّ علىٰ هذه الصورة.

فنقول: ثبت أنَّ تصرُّفَها إذا تضمَّن ضِرارًا باطلٌ، وتردَّدْنا فيما لا يتضمَّنُ ضِرارًا، وشواهد الشرع متقابلة فيه؛ أما الصبي المميِّزُ لمَّا بطَل استقلالُه بتضمُّنِ الضِّرار، بطل تصرُّفُه، وإن وافق الغِبطة حَسْمًا للباب، وأما الولي فتصرفه بالغبطة صحيحٌ وبالغَبْنِ باطلٌ؛ اتِّباعًا لوجود الضرر وعدمه، والأنثىٰ مُردَّدةٌ بين الصبي والوليِّ، وإلحاقها بالصبي أولىٰ؛ لأن سبب تطرُّق أصل الولاية والاعتراض إليها نوعُ نُقصانٍ فيها يُثير غباوةً وقِلَّةَ هداية، فإنها بجِبِلَّتها سيئةُ الاختيار، سريعة الاغترار، ميَّالة إلىٰ اتباع الشهوات، ذاهِلةٌ عن عواقب الأمور، وغَباوتُها تَزيدُ علىٰ غباوة الصبي المميِّز في التصرفات المالية، والواقع في مَظِنَّة الغباوة يسلُبُ استقلالَه بالكليَّةِ وافَق الغِبْطةَ أو لم يوافق؛ كالصبيِّ.

❊ **فإن قيل**: مَن يُحجُر عليه لحق غيره يُخَصص بالحجر صورُ إلحاق الضرر؛ كالولي والمريض في مرض الموت، وإنما الحَسْمُ في حق من يُحجر عليه لنفسه؛ كالصبي والسفيه، والحجرُ عليها إن ثبت فَلِحَقِّ الولي لا لحقِّها؛ بدليل أنه لو زوَّجها برضاها من غير كفؤ، صح وسقط حقُّها برضاها،

(١) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٣٩/٢.

ولو باع مالَ الصبيِّ بغير رضاه، لم يصِحَّ.

❁ **قلنا:** هذا ضبطٌ لا مناسبة فيه، وإنما المناسب الغباوةُ، فمن حُجر عليه لغباوته حُسِمَ البابُ عليه، وسُلِبَ استقلالُه؛ سواء كان يتعلَّق بالغير أو لا يتعلق، وهذا حَجْرٌ بالغباوة؛ بدليل أنَّ أحد/ الأولياء لو زوَّج من غير كفؤ انعقد عندهم ولزم لمَّا لم يصدُرْ من المرأة الواقعة في مظنة الغباوة. [٢٢٨/أ]

❁ **فإن قيل:** لو صح هذا لحَسَمَ بابَ الإقرار.

❁ **قلنا:** كذلك نقول علىٰ رأي ظاهرٍ في المذهب، ونص الشافعي في القبول في بلاد الغربة معناه الجّري علىٰ حُكم الاضطرار بترك النكير في الحال، وإن سُلِّم فالإنشاء قد يتقيَّدُ بتعبُّداتٍ لا يتقيد بها الإقرار؛ بدليل الشهادة، وبدليل مجهول النسب؛ فإنه يُقِرُّ علىٰ نفسه بالرِّقِّ، ولا يُنَشِّئُ الرّقَ علىٰ نفسه، والمنعُ أولىٰ علىٰ مساق الطريقة؛ فإن الإنشاء إن أُخِذَ من المعنىٰ فمساق المعنىٰ مَنْعُ الإقرار، وإن أخذ من الحديث فعند ذلك لا يبعُدُ تسليمُ الإقرار.

الطرف الثاني: في سلب العبارة: فلا ينعقد النكاح عندنا بعبارتها وإن أذن الوليُّ، أو وكِلَها أجنبي، وهذه المسألة فيما أراها فرعُ مسألةِ عبارة الصبي؛ فإنه لما بان للشافعي أن المرأة بعد البلوغ باقية تحت الولاية، وأنَّ البلوغَ لم يُفِدْها استقلالًا، كان ما بعد البلوغ في حقها كما قبل البلوغ، وبان باطِّرادِ الولاية أن مَناط الولاية في حقها الأنوثةُ دون الصِّغَرِ، ولا عبارة لها عند الشافعي قبل البلوغ، والبلوغُ لم يرفع عنها حَجْرًا حتىٰ يُفيدَ لها عبارةً، وإنما لم يكن لها قبل البلوغ عبارة؛ لأن التمييزَ عندنا لا يُفيد أهليةَ العباراتِ،

وأبو حنيفة يُثبِتُ لها عبارة النكاح في الصِّغَر، فإن سَلَّم أنها في الصغر لا عبارة لها، فنبني سقوط أثر البلوغ في حقها في سلب الحجر والولاية كما سبق، فيستوي أحوالُها ما قبل البلوغ وما بعده، وهو هيِّنٌ، وإن قال: إنها تُعَبِّر في حالة الصغر؛ انقطع النظر عن الأنوثة، ورجع إلىٰ أن التمييز هل يفيد أهلية العبارة مع اطراد الولاية؟ وقد ذكرنا طريق الكلام في تلك المسألة؛ هذا ما حمل الشافعيَّ علىٰ سلب عبارتها فيما نظنُّه.

❊ **فإن قيل:** البلوغ بالإجماع في حقها يفيد اعتبار الرضا، وقد كان لا يُعتبر رضاها في الصغر.

۞ **قلنا:** الشافعي لا يأخذ اعتبار رضاها من البلوغ بل يأخذ من الثِّيابةِ، ولذلك قال: تُجبر البكر البالغ ولا تُزوَّج الثيِّبُ الصغيرةُ، فلا أثر للبلوغ عند الشافعي فيما يرفع حجرًا أو يُزيلُ وِلايةً بحالٍ.

❊ **فإن قيل:** فهلَّا قال الشافعيُّ: الثيابة إذا أثرت في اعتبار الرضا فيؤثر في اعتبار العبارة!

۞ **قلنا:** ومن أين يلزَمُ ذلك؛ ووجه تأثير الثيابة في الرضا أنها نوعُ ممارسةٍ تُهَيِّجُ في النفس دواعيَ الرغبة وصوارف النُّفرةِ؟ وذلك كظهور رغبة الطعام مع التمييز في حق الصبي، وذلك لا يوجب العبارة عند الشافعي.

❊ **فإن قيل:** فهلَّا كان التماس الثيب الصغيرة النكاحَ موُجِبًا للإسعاف؛ كالتماس الصغير المميز الطعامَ!

۞ **قلنا:** لأن حاجتَه إلىٰ الطعام معلومٌ، وحاجة النكاح لا تظهر إلا

بالشهوة والبلوغِ، ومِنهاج الشافعي علىٰ مذاق قانونه قَويمٌ لا خَلَل فيه، فنُحرِّرُ ونقول: لا عبارة لها في النكاح قبل البلوغ، وما تجدَّد من البلوغ ساقِطُ الأثر في حقِّها في كل ما يتعلَّق بحَجْرٍ وولاية، فبقي علىٰ ما كان، فإن قالوا: لا نُسلم أنه لا عبارةَ/ لها قبل البلوغ؛ دللنا في مسألة عبارة الصبي، فإن قالوا: لا نُسَلِّمُ أنَّ البلوغ لا أثرَ له في حقها، دَلَلْنا في سلب استقلالها في مسألة البكر البالغة، كيف وقد اعتضد نظرُ الشافعي في حق المرأة بأمور نقليَّة؛ مثل قوله: «لا تلي المرأة عُقْدَةَ النِّكاحِ»[1]، فدلَّ أنَّ مباشرةَ صورة العقد مسلوبٌ عنها باعتبار أنها امرأة، وهي الأنوثة، فدلَّ علىٰ التسوية بين ما قبل البلوغ وما بعده، وكانت عائشة رضي الله عنها تحضر عقودَ الإملاكات وتخطُبُ، وإذا آل الأمرُ إلىٰ العقد كانت تقول: اعقِدوا؛ فإن النساء لا يعقِدْنَ[2]، وهذا دليلٌ علىٰ الاستقلال؛ فإنَّ مذهبَ الصحابي إذا بعُد عن القياسِ كان حجةً؛ كما قررناه في مسألة تغليظ الدية.

[٢٢٨/ب]

❊ **فإن قيل**: إن سُلِّمَ أنَّ مذهب الصحابي إذا خالف القياس حُجَّةٌ، وسُلِّم أن هذا مخالف للقياس مِن كل وجه؛ مع أن للنِّزاع في كل واحدٍ مَجالٌ[3]، فهذا إنما يصفو إذا كان اللفظ نصًّا في بيان مذهبها، والامتناع عن

(١) هو قول المؤمنين عائشة رضي الله عنها، ولفظه: عن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه قال: كانت عائشة تخطب إليها المرأة من أهلها، فتشهد، فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها: زوِّجْ فإن المرأة لا تَلي عَقْدَ النكاح، أخرجه الشافعي في مسنده (٢٧)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٣٦٥٢) من طريق عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة.

(٢) هو الحديث السابق.

(٣) كذا في الأصل بالتنوين بالضم، والجادة: «مجالًا» بالنصب اسم «إن» مؤخرًا، ويتوجَّه الرفع علىٰ أن «مجال» مبتدأ مؤخَّر، وخبرُهُ مقدَّمٌ، وهو قوله: «للنزاع»، والجملة الاسميةُ=

العقد ليس نصًّا في اعتقادِها عدمَ الانعقاد، وقولها: إن النساء لا يَعْقِدن؛ معناه: لا يليق بالنساءِ أن يعقِدْنَ مِن حيث المروءةُ؛ كما يقال: القُضاة لا يَظلمون، والفقهاء لا يكذبون، والنساء لا يُصلِّينَ الجمعة، ولا يشهدن في مجالس القُضاة؛ معناه: لا يليق بهم ذلك.

قلنا: هذا التأويل فاسِدٌ؛ فإن النساء لا يحضُرْنَ عَقْدَ الإملاك ولا

= مرفوعةُ الطرفين، وهي في محل رفع خبر «إنَّ»؛ وعلىٰ ذلك يكون اسمُ «إنَّ» ضميرَ شأنٍ محذوفًا، والتقدير: إنَّه ـ أي: الشأن والحال والحديث ـ للنزاع في كل واحد مجال، علل الحديث لابن أبي حاتم (٢٦٨/٣)

ونحوُ هذا ما ذكروه في تخريج قوله ﷺ: «إنَّ مِنْ أَشَدِّ الناسِ عَذَابًا يومَ القيامةِ المُصَوِّرُونَ»، وقولِه ﷺ: «وإنَّ بَينَ عَيْنَيهِ مَكتُوبٌ: كافِرٌ»، وقولِه ﷺ: «إنَّ مِنْ أَمَنِّ النَّاسِ في صُحْبَتِهِ ومَالِهِ أبو بَكْرٍ».

وضميرُ الشأن يكون بارزًا وهو مبتدأ، أو اسمٌ ل «إنَّ» أو إحدىٰ أخواتها، أو مفعولٌ أول في باب «ظنَّ» وأخواتها، ويكون مستترًا مرفوعًا اسمًا للأفعال الناسخة في باب «كان» و«كاد»، ويأتي ضمير الشأن محذوفًا منصوبًا اسمًا ل «إنَّ» المثقلة أو إحدىٰ أخواتها وكذلك «إنْ» و«أنْ» و«كأنْ» المخفَّفات، ويُحذف أيضًا مفعولاً أوَّلَ في باب «ظنَّ»، ولكل ذلك شواهد من القرآن والحديث وكلام العرب شعرًا ونثرًا.

قال ابن مالك في شرح الكافية الشافية، ٢٣٦/١: «ويجوزُ حذفه [أي: ضميرُ الشأن] مع «إنَّ» وأخواتها، ولا يُخَصُّ ذلك بالضرورة. اهـ. وقد بيَّن رضي الدين الأستراباذي في «شرح كافية ابن الحاجب»، ٣٩٨/٤ سببَ هذا الحذف؛ فقال: «وإنما جاز حذفُ ضمير الشأن مِنْ غير ضعف؛ لبقاء تفسيره، وهو الجملة؛ فهو كالزائد، وجاء في الخبر: «إنَّ مِنْ أَشَدِّ النَّاسِ عَذَابًا يَوْمَ القِيَامَةِ المُصَوِّرُونَ». ينظر: شرح المفصَّل، ١١٤/٣ ـ ١١٨، وإعراب ما يشكل من ألفاظ الحديث ٣٩/١، ٤٦، ١٢٠، ٢٠٠، وإملاء ما من به الرحمن ٥٣/١ ـ ٥٤، واللمع لابن جني، (٣٨/١)، وشرح التسهيل لابن مالك (١٣/٢ ـ ١٥)، وشواهد التوضيح ص٢٠٠، ٢٠٣، ٢٠٥، ٢٠٧.

يخطُبْنَ، وإذا كان يليق ذلك بحال عائشةَ، فيَليق بها العقدُ؛ فإنَّه إن أراد به أنه لا يليق بهنَّ من حيث الحياءُ والمروءةُ لم يستقم ذلك مع الخِطبة، وهو أبعد عن مناصب النساء، وإن أراد أنه لا يليق بغيرهنَّ فقد كانت تتعاطىٰ أمورًا لا يليق بغيرِها كالخُطبة والحضور وجرِّ العساكر والجنود، والرواياتِ لأحاديث يستحيي مِن مِثلها أكثرُ الرجالِ كقولها: «إذا التقىٰ الختانان فقد وجب الغسل؛ فعلته أنا ورسول الله ﷺ فاغتسلنا»[1]. وكانت لا تستحيي من الحقِّ، والنكاح سنَّةٌ، فكيف استحيت من العقدِ دونَ الخُطبةِ والحضور؟!

❊ **فإن قيل:** رُوي عنها أنها زوجت ابنت أخيها عبدالرحمن وهو غائب، فلما عاد أنكر وقال: أمِثْلي يُفتَاتُ عليه في بَناتِه[2]؟!

۞ **قلنا:** لا يدُلُّ ذلك علىٰ مباشرتها بنفسها، والكبيرة في العشيرة إذا كانت متبوعةً قد يضاف إليها العقدُ إذا صدر عن رأيها؛ وإن باشر العقدَ القاضي مثلًا إذا عُلمِ أنه لا يزوِّجُ إلا بمشورته، وهذا التجوُّز غير بعيد، وقد حمل الشافعي عليه جمعًا بين الروايتين، وهو متعيِّنٌ في مَسلَكِ التلفيق.



❊ مَسْألَة: البكر البالغة يُجبِرُها أبوها وجَدُّها علىٰ النكاح[3]؛ خلافًا

---

(١) أخرجه أحمد (٢٤٩١٤، ٢٦٠٢٥)، وابن ماجه (٦٠٨) وصححه الألباني.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٦٦٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٢٠٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير، ٩/٦٩، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٢/٤٢، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٧/٥٣، وهو المعتمد عند الحنابلة وعليه جماهير فقهائهم. قال المرداوي: «هذا الصحيح من المذهب مطلقًا، وعليه جماهير الأصحاب». ينظر: الإنصاف في معرفة الرجاح من الخلاف، ٨/٥٥، وكشاف القناع، ٥/٤٧.

له[1]، والمعتمدُ قوله ﷺ: «**الثيِّبُ أحقُّ بنفسها مِن وليِّها، والبِكرُ تُستأمرُ في نفسِها، وإذنُها صُماتُها**»[2].

قسَّم النساء قِسمين، وذكر في القسمين حُكمين، وخصَّص كل قسم بحكم، فمن ضرورة التقسيم والتخصيص ألا يَشترك القِسمان في الحكم المذكور في أحد القسمين، وكما خصص البِكر بالاكتفاء بالصمت انعكس في الثيب، فإذا خصص الثيب بأنها/ أحقُّ، ينبغي أن ينعكِسَ في البِكر؛ حتىٰ يكونَ الولي أحق بها منها بنفسها[3]. [٢٢٩أ]

※ **فإن قيل**: عندنا: تخصيصُ أحدِ القسمين سكوت عن القسم الآخر، فيبقىٰ القسم الآخر في الحكم المخصَّصِ بالقسم المقابل له علىٰ ما كان قبل

(١) ينظر: المختصر للقدوري، ص١٠٦، والهداية شرح بداية المبتدي، ١/١٩٦، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/١١٧، وهي رواية عن الإمام أحمد، وقال الزركشي: «وهي أظهر» واختارها الشيخ تقي الدين ابن تيمية. ينظر: شرح الزركشي، ٢/٣٤١، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٨/٥٥، وفرق المالكية بين البكر البالغ التي لم تبلغ سن العنوسة، وبين البالغة لسن العنوسة، فقطعوا ولاية الإجبار عن العانس، والعانس هي التي طال مكثها في منزل أهلها بعد إدراكها ولم تتزوج، وقد اختلفوا في مقدار سِنِّها، ففي رواية ابن وهب في المدنية: الثلاثون، والخمس والثلاثون، وفي رواية عيسىٰ عن ابن القاسم: الأربعون والخمس والأربعون. ينظر: التلقين، ١/٢٧٩، وعقد الجواهر الثمينة، ٢/٤١٥، والتاج والإكليل، ٥/٥٥.

(٢) أخرجه أحمد (١٨٩٧)، ومسلم (١٤٢١) (٦٧) و(٦٨)، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/٣٦٦، وابن حبان (٤٠٨٨).

(٣) ومستند ذلك أن التخصيص بهذا الوصف مقصود، وقد يجاب علىٰ هذا الاستدلال بأنه مثل قوله تعالىٰ: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾، فيكون التخصيص غيرَ مقصود؛ اعتمادًا علىٰ ضعف القول بمفهوم المخالفة. ينظر: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، ٢/٦٦٦.

الذِّكر ، فبقي الثيِّبُ في حكم الصمت علىٰ مُقتضىٰ القياس ؛ كأنَّ الحديثَ لم يرِدْ في البكر ؛ لأنه ساكت عن الثيب ، فكذلك تبقىٰ البِكرُ علىٰ مقتضىٰ القياس ؛ لأن قولَه: «الثيِّبُ أحقُّ» سكوتٌ عن البكر ، ومقتضىٰ القياس في البكر أنها حُرة عاقلة فلا تُجبر[1].

❁ **قلنا:** الجواب عن هذا يُستمد من قاعدة القول بالمفهوم ، وقد قرَّرناه في مسألة بيع النخل قبل التأبير ؛ فليُراجَعْ[2] ، وهذا أظهر منه ؛ لأنه تعرَّض في مساق الكلام للقسم الآخَرِ ، فأشْعَر بكونه علىٰ ذكره[3] ، فالتخصيص بالثيب قَصْدٌ إلىٰ اقتطاعها عن البكر ، ويدل ذلك علىٰ انعكاس الحكم كما قررناه.

وعلىٰ الجملة الحديثُ نصٌ علىٰ الفرق بين البكر والثيب ؛ فإنه ما سيق إلا للفرق ، ثم ليفرق في الحكمين أحدهما في الاكتفاء بالصمت ، والآخر في الحَق ؛ كما تضمنه منظوم الكلام ، فإنه ذكر حُكمين في قسمين محاولًا تخصيصَ كلِّ قِسمٍ بحكمٍ[4].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ٢/١١٨.

(٢) ينظر: تحصين المآخذ ، ٢/٨٠٠ بتحقيق الزميل المشارك: الدكتور/عبدالحميد المجلي.

(٣) كذا في الأصل ، ولم يتبين لي معنىٰ العبارة المذكورة. والله أعلم.

(٤) ورد الحنفية للمفهوم في قوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها منِ وليِّها والبكر تستأمر في نفسها ، وإذنها صماتها» ليس مبنيًّا فقط علىٰ تضعيف مفهوم المخالفة ، وإنما لأن هذا المفهوم يعارضه المنطوق في أحاديث أخر كقوله ﷺ: لا تنكح الثيب حتىٰ تُستأمر ، ولا تُنكح البكر حتىٰ تستأذن ، فهذا الحديث دال عندهم بمنطوقه علىٰ وجود استئذان البكر ، فلا يعارض ذلك بالمفهوم في حديث الباب عند الشافعية ، لأن المنطوق مقدم علىٰ المفهوم عند الأصوليين. ينظر: شرح تنقيح الفصول ، ص٢٦٧ ، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ٢/١١٨.

❊ **فإن قيل:** الحديث مَسوقٌ للتسوية في أصل الحق وللتفرقة في الاكتفاء بالصمت ؛ فإن قوله: والبكر تستأمر ؛ أيضًا يُشعِرُ بأنها أحقُّ ؛ فمعناه: الثيب أحق مطلقًا ، والبكر أيضًا أحَقُّ إلا أنه يُكتفىٰ بصمتها.

❁ **قلنا:** هذا باطلٌ قطعًا ؛ بل الحديث مَسوق للتفرقة في أصل الحق ، وبيانُ الاستئمار استحبابًا استدراكٌ علىٰ نفي الحق عنها ، فهو أَوْلىٰ مِن أن يُجعل استدراكًا علىٰ إثبات الحق لها ؛ إذ ليس في الاكتفاء بصمتها ما يغُضُّ مِن حقها[1].

❊ **فإن قيل:** الفرقُ بينهما مُسَلَّمٌ في الحق ، والنزاع فيما الحق عبارةٌ عنه ، ولا بُدَّ مِن إضمار فيه ؛ فإنه إن أُريد به مِلكَ البُضع ؛ فالبكر أيضًا أحقُّ بنفسها ؛ علىٰ معنىٰ أن بُضعَها مِلكُها علىٰ الخصوص.

فيقال: معناه: أنها أحقُّ بتزويجِ نفسها أو بأن تُعرِبَ عن نفسها عند إرادة التزويج ، فنحن نحمله علىٰ أنها أحق بأن تعبِّرَ عن رغبتها في النكاح ؛ بدليل قوله: «**الثيِّبُ يُعرِبُ عنها لِسانُها**»[2] ؛ أي: أمرها مُفَوَّضٌ إليها ، وهي مُخَلَّاة ورأيَها ، فإن رغبت في النكاح أعرَبت عن نفسها وأبدت رغبتها ، وأمَّا البِكر فلا تُخلَّىٰ ورأيَها ؛ بل يعرض الأمر عليها استئمارًا ، ثم يُكتفىٰ بصُماتها.

---

(١) ووجه التفرقة بين الثيب والبكر فيما يخص الولاية ظاهر في غير صورة ، منها أنه لما لم يجز للأب قبض صداق الثيب إلا بإذنها ، ولم يجز له عقد نكاحها إلا بإذنها ، ولما جاز للأب قبض صداق البكر بغير رضاها ـ عند أبي حنيفة وهو أحد قولي الشافعي ـ جاز له أن يعقد نكاحًا بغير رضاها ، لأن التصرف في المبدل معتبر بالتصرف في البدل. وهذا الفرع يبطل التسوية بينهما في الحكم. ينظر: الحاوي الكبير ، ٥٣/٩.

(٢) أخرجه ابن قانع في معجم الصحابة ، (٣١٠/٢).

۞ قلنا: الحديث صريح في انقطاع سلطنة للوليِّ عن الثيب كانت غيرَ منقطعة قبل الثيابة، فحمله علىٰ قطع ما ليس سلطنةً وحقًّا لا وجه له، ولم يقطعوا بمساق هذا التأويل إلا مراجعةَ الولي إيَّاها واستطلاعَه رأيَها، وليس ذلك سلطنةً يُعبَّرُ عن انقطاعِها بأن الثيِّبَ صارت[1] أحق بنفسها من وليها؛ فإن مراجعةَ الولي إيَّاها عينُ كونه أحقَّ بنفسِها، فكيف يحمل فائدةُ الثيابةِ في قطع السلطنة عليه؟! وأما قوله الثيب يُعرب عنها لسانُها؛ ليس[2] المراد ما ذكروه من أنها تُخلَّىٰ ورأيَها؛ إذ ليس من أدب الدين تركُ مراجعتِها/، فإنَّ الأدب توجيه الخطبة في الثيب علىٰ الولي، ثم لا بُدَّ للولي من المراجعة، فلا يحمل الحديث علىٰ مثلِه، وأما قوله: «والثيِّبُ يُعرِبُ عنها لسانها» معناه: إذا استؤمِرَتْ في النكاح ليُبيِّنَ خِلافَ ذلك في البكر، وهو أنه يُكتفىٰ بصمتها.

[٢٢٩/ب]

※ فإن قيل: فالمراد أنها تُستنطَقُ دون البكر، وقد استقل الفرقُ بهذا القدر.

۞ قلنا: لا بُدَّ مِن فرق فيما هو حقٌّ، ولا يُعبَّرُ عن ذلك بالحق؛ فإنَّ البِكر عندهم في الحق كالثيب؛ إذ كلُّ واحدة لا تزوَّج إلا برضاها، ولكن لها في الرضا طريقان، إما أن تدل بالسكوت علىٰ الرضا أو بالنطق، وأما الثيب فيتعيَّن عليها النطقُ؛ فهذا تفضيلٌ للبكر علىٰ الثيب في التوسيع والحق،

(١) في الأصل: «صار»!

(٢) كذا في الأصل، بحذف الفاء من «ليس» الواقعة في جواب «أما»، وهي واجبة الاقتران بالفاء، وتقدم التعليق علىٰ تجويز ابن مالك لحذف الفاء من جواب «أما» مطلقًا في سعة الكلام.

والحديث نصٌّ في تفضيل الثيب على البكر.

❊ **فإن قيل:** التنزيل على هذا والتمسك بمنظوم قولِه: «تستأمر في نفسها» أولى مِن ترك هذا المنظوم.

❁ **قلنا:** التنزيل على ما ذكروه تعطيل لا وجه له، والمنظوم في الطرف الآخر قابل للتأويل؛ فإنه على صيغة الإخبار، فيَحتمِلُ الاستحباب، وهو متعيِّنٌ جمعًا بين الأول والآخر، وعلى الجملة رأي الشافعي مُستنِدٌ إلى الأخبار، فلما قال ﷺ: «**أيُّما امرأةٍ نكَحَتْ بغير إذن وليها**»، «**ولا نكاح إلا بولي**»، عُرِفَ أنَّ المرأة مسلوبةُ الاستقلال، وأنَّ العقد مَوكولٌ إلى الولي عمومًا في الثيب والبكر الصغيرة[1] والكبيرة، ولما قال: الثيب أحق بنفسها مِن وليِّها؛ أشعَر ذلك بأن الثيابة مَناطُ التفرقة في الحق، والذي يبتَدِرُ مِن ظاهره إلى الفَهمِ أنها أحق بتزويج نفسها دون البكر؛ كما قاله داودُ[2]؛ ولكن قال الشافعيُّ: لو استقلَّت لم تكن أحقَّ، بل كان كلُّ الحق لها[3]، والأحق يُشعِرُ بترجيحٍ بعد الاشتراك في الحقِّ، فلم يصلح لرفع الحق المفهوم من الحديث الأول، فنُزِّل على نَفْيِ الإجبار ووقوف العقد على رضاها، فإن العقدَ يبقى مُشتركًا، وتكون هي أحقَّ؛ جمعًا بين الحديثين، والحَمْلُ على جميع ما تخيَّله أبو حنيفة لا يوجب تفرقةً في الحق على ما تقرر[4].

(١) في الأصل: «والصغيرة» بزيادة واو!
(٢) ينظر: المحلى بالآثار؛ لأبي محمد بن حزم، ٩/ ٣٣.
(٣) ينظر: الأم، ٥/ ١٧٩.
(٤) وهذا التقرير على تسليم القول بأن مفهوم المخالفة في الحديث ظاهر في مقابلة المنطوق القابل للتأويل على حد قول المصنف، ولكن ثمة ما يضعف القول بالمفهوم هنا، وهو أن=

❊ **فإن قيل:** إن ادَّعيتُم كون الحديث نصًّا في غرضِكم فقد أبعدتم، وإن تطرَّق احتمالٌ إليه، فهو معتضَدٌ بالقياس، فإنها حرة عاقلة بالغة متصرفة في مالها، فيمتنع إجبارُها، فليترِكِ المفهومَ بالقياس بعد ما ظهر للتخصيص علىٰ الجملة مَحملٌ.

۞ **قلنا:** ليس يصفو القياس في المسألة علىٰ وجه يقاوم ظهور الحديث في التفرقة في الحق؛ فإنها وإن كانت عاقلة فهي بسبب الأنوثة وما جُبِلَ عليها من وفور الشهوة وقصور العقل وسرعة الانخداع في مظنة الغباوة، فتفويضُ أمرِها إلىٰ وليٍّ مشفقٍ ناظِرٍ ليس بعيدًا، فالبُضعُ في حقِّها كجميع الحقوق في حق الصغير.

❊ **فإن قيل:** هذا يبطل بالثيب، والقياسُ التسويةُ بينهما.

۞ **قلنا:** كلُّ قياسٍ يقتضي التسوية بين الثيب والبكر يكون مستمدًّا من النظر إلىٰ سائر الحقوق، وإعراض عن النصوص الواردة في خصوص/ [٢٣٠/أ] النكاح، وهي بجملتها دائرة علىٰ الثيابة والبكارة، وفيه ضرب من المعنىٰ، وهو حصول الممارسة، ولا بُدَّ من القول بأن الثيب أحق من الوليِّ، وأن الوليَّ أحق من البكر؛ فإن الحديث نص في الافتراق في هذا المعنىٰ[1].

= القول به يلزم منه اقتضاء اعتبار كل ولي أولىٰ بالبكر من نفسها، لأنه ﷺ قال: الثيب أحق بنفسها من وليها، ومفهومه أن مطلق الولي أحق بنفس البكر منها ذاتها، وهذا لا قائل به، إذ الكل متفق علىٰ أن ولاية الإجبار لا تكون إلا في الأب، أو الجد علىٰ خلاف فيه، وهذا يضعف من الاستدلال بمفهوم المخالفة هنا في مقابلة المنطوق. ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/١١٨.

(١) وتحرير محل الخلاف هنا بين الشافعية والحنابلة من جهة، وبين الحنفية من جهة ثانية،=

❊ **فإن قيل**: مِن مذهبكم أنه لو عيَّنَتِ البكرُ كفؤًا كان تعيينها أولىٰ حتىٰ لو زوَّجها من كفؤ آخر لم يصِحَّ، ولو لم تعين أصلًا ولكنها رغبت عن الكفو الذي اختاره الولي وصرحت بردِّه نَفَذَ العَقدُ، وإذا عيَّنَتْ فبُطلان عقدِ الولي لردِّه وسُخْطِه لا لإرادتِه غيرَه؛ فإنها إن كانت مجبرة، فإرادتُها غيرَ كفؤ اختاره الولي لم ينبغي[1] أن يُبطِلَ اختيارَ الوليِّ.

= والمالكية من جهة ثالثة، هو اختلافهم في استنباط القياس من موضع الإجماع، وذلك أنهم لما أجمعوا علىٰ أن الأب يجبر البكر غير البالغ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ إلا خلافا شاذًا فيهما جميعًا، اختلفوا في موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر؟ فمن قال: الصغر، قال: لا تجبر البكر البالغ، ومن قال: البكارة، قال: تجبر البكر البالغ، ولا تجبر الثيب الصغيرة، ومن قال: كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد، قال: تجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ، والتعليل الأول تعليل أبي حنيفة، والثاني تعليل الشافعي، والثالث تعليل مالك، ولذلك فإن المالكية لا يثبتون ولاية الإجبار علىٰ البكر العانس. ينظر: بداية المجتهد، ٦/٢، وشرح مختصر خليل للخرشي، ١٧٦/٣.

(١) كذا في الأصل بإثبات الياء من «ينبغي» الواقع في محل جزم بالجازم «لم»، والجادة حذف الياء، لأن الفعل معتل الياء، والفعل المعتل يجزم بحذف حرف العلة، لكنَّ ما في النسخ عربي صحيح، ويخرَّج علىٰ وجهين:

الأوَّل: أنَّه جارٍ علىٰ لغةِ بعض العرب؛ يُجْرُونَ الفعلَ المعتلَّ الآخر (الناقص) مُجْرَىٰ الفعل الصحيح؛ فيجزمون مضارعه ويَبْنُون أمره بِحَذْفِ الحركة المقدَّرة علىٰ حرف العلَّة، كما يَجْزِمُ ويبني جميعُ العرب بحذف الحركة الظاهرة في الفعل الصحيح الآخر، فيقولون في المضارع: لم يَسْعَىٰ، ولم يَرْمِي، ولم يَدْنُو، ويقولون في الأمر: اسْعَىٰ، وارْمِي، وادْنُو؛ وحرفُ العلة علىٰ هذا: هو لام الكلمة.

والثاني: أنَّه من باب الإشباع؛ فإنَّه بنىٰ المضارع هنا علىٰ حذف حرف العلة علىٰ لغة الجمهور؛ فصار «فلْيُصلِّ»، ثم أشبَعَ الكسرةَ فتولَّدتْ ياءُ الإشباع، فصارت: «فلْيُصلِّي»، فياء العلة علىٰ هذا زائدةٌ، وليست لامَ الكَلِمَةِ، ومثل ذلك الأفعالُ المعتلَّةُ بالألف والواو في الجزم والبناء، وإشباع الحركات حتىٰ تتولَّد منها حروف علة، لغةٌ لبعض العرب، ويشهد لهذين الوجهين قولُ أبي عمرو بن العلاء [من البسيط]: =

﴿ قلنا: هذا فيه خلاف؛ فمن أصحابنا من نفَّذَ عقد الولي وجعَل تعيينه أولىٰ من تعيينها، فلا نُسلِّمُ، نعم لا ننكر أنَّ الأَوْلىٰ اتباعُ رأيها؛ كما أن الأَوْلىٰ للولي اتباعَ رأي الصبي في جنس الطعام الذي يشتهيه، ولكن لو اشترىٰ غيره نفَذ، وهذا المنع متعيِّن في الجِدال، والله أعلم[1].



مَسْأَلَة: الثيبُ الصغيرةِ لا تُجْبَرُ علىٰ النكاح؛ بل يُنتَظَرُ بلوغُها واستنطاقُها[2]، وقال أبو حنيفة: إنها مُجبرةٌ[3]، والمعتمد قوله ﷺ: «الثيِّبُ

= ... هَجَوْتَ زَبَّانَ ثمَّ جِئْتَ مُعْتَذِرًا   مِن هَجْوِ زَبَّانَ لم تَهْجُو ولم تَدَعِ

وقولُ قيس بن زُهَيْر العَبْسي [من الوافر]:

أَلَمْ يَأْتِيكَ والأنباءُ تَنْمِي   بِمَا لَاقَتْ لَبُونُ بَنِي زِيَادِ

وقولُ عبدِ يغوثَ بن وَقَّاصٍ الحارثيِّ [من الطويل]:

وَتَضْحَكُ مِنِّي شَيْخَةٌ عَبْشَمِيَّةٌ   كَأَنْ لَمْ تَرَىٰ قَبْلِي أَسِيرًا يَمَانِيَا

والجادَّة: لم تَهْجُ، وألم يَأْتِكَ، وكأنْ لم تَرَ.

انظر تفصيل ذلك في أمالي ابن الشجري، ١/١٢٨ ـ ١٢٩، والإنصاف في مسائل الخلاف، ١/٢٣ ـ ٣٠، وسر صناعة الإعراب، ٢/٦٣٠، واللباب للعكبري، ٢/١٠٨، وأوضح المسالك ١/٦٩ ـ ٧٤، وشرح الأشموني، ١/١١٨.

(١) قال إمام الحرمين: «وإذا أجبرها الأب علىٰ نكاح الكفء، كان له ذلك، وإن سخطته، ولو دعت الأب إلىٰ تزويجها، فظاهر المذهب أنه تلزمه إجابتها إذا كان كفوًا، واحتجَّ به أصحاب أبي حنيفة فقالوا: لو ملك الأب إجبارها، لما ملكت هي إجباره. والعذر عنه أنه أقيم لقضاء حاجتها، فإذا أعربت عنها، لزمه تحصيلها لها، كالطفل إذا طلب الطعام من وليه، يجب عليه إجابته، مع قصوره وعدم عبارته، فهذا أولىٰ». بنظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٢/٤٥.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير، ٩/٦٦، والوسيط، ٥/٦٣، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٣/١٤٣.

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، ٣/٩٤، والبناية شرح الهداية، ٥/٨٠، وهو مذهب=

أحَقُّ بنفسِها مِن وليِّها»، وإثبات الإجبار يناقض ذلك قطعًا، والمتعلق في هذه المسألة عموم هذه الصيغة، والمتعلَّقُ في المسألة السابقة مفهومُها؛ فقد دل علىٰ هذه المسألة بمنظومها وعلىٰ الأخرىٰ بمفهومها، والشافعي بيَّن المسألتين علىٰ هذه الصيغة.

❊ **فإن قيل:** «الثيب» صيغة عامة تتناول البالغة والصغيرة؛ فنحمِلُها علىٰ البالغة بطريق التخصيص.

◈ **قلنا:** هذا احتمال لا ينكر، ولكن عموم الصيغ لا يترك بالاحتمال، فلا بُدَّ من عَضْدِ التأويل بدليل.

❊ **فإن قيل:** لسنا نحتاج إلىٰ دليل زائدٍ؛ بل في سياق الحديث قرينتان قاطعتان بأن المراد هي البالغةُ، إحداهما قولُه: أحق بنفسها؛ فإن الصيغة لإثبات الحق لها وانتفاء إجبار الولي واقع من ضرورته، والحق المثبت لها إما الرضا وإما مباشرة العقد، وشيء من ذلك غير مُحقَّقٍ في الصبي.

الثانية: أنه قال: والبكر تستأمر في نفسها، وإنما أراد به البالغةَ بالإجماع؛ إذ الاستئمار إيجابًا واستحبابًا لا جَرَيانَ له في الصغيرة، واللفظتان متقابلتان، ويتأيد هذا بأمر ثالث، وهو أن «الثيب» إذا أطلق سبق إلىٰ الإفهام منه المرأةُ

= المالكية أيضًا، ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٨١/٢، وشرح مختصر خليل للخرشي، ١٧٦/٣، أم الحنابلة فإن الثيب الصغير العاقلة غما أن تكون دون تسع سنين أو فوق تسع سنين، فإن كانت دون تسع سنين جاز لوليها إجبارها مطلقا، فإن كانت فوق تسع سنين ففيها روايتان عن الإمام ووجهان عن الأصحاب، والمذهب أن وليها ليس له إجبارها. ينظر: شرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٣٤١/٢، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٥٦/٨، وكشاف القناع، ٤٣/٥.

الكبيرة، ولا يخطر بالبال من «الثيب» جانب الصغيرة، فقد تنطوي الدهورُ ولا تُفرض الثِّيابة في الصغر والبكر التي لا يندر عليها الاتّصاف بالصغر أراد به البالغة، فالثيب به أولىٰ[1].

۞ قلنا: عموم الصيغة متعلَّق، وترك عموم البكر بأدلة الشرع؛ إذ دلَّت علىٰ سقوط أثر النطق من الصغير؛ فضلًا من[2] السكوت لا يُوجِب تركَ عمومٍ آخَرَ أمكن استعماله، وقولكم: إن الثيب الصغيرةَ نادرٌ لا يسبق إلىٰ الفهم؛ فهذا أيضًا لا يُسقِطُ العمومَ، فجِلْدُ الكلب نادر في الدبغ، ثم لم يمتنعوا بسببه من التعلُّق بعموم قوله: «أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهُرَ»[3]، والثيب التي حصلت ثِيابتُها بالزفاف/ إلىٰ غير زوجها نادر، ولم تخرج من عموم حكم الثيابة، مع أن التي ثابت بالفجور خرجت عندكم عن العموم، أما قوله: أحق [٢٣٠/ب]

(١) وكل هذه الأدلة التي ساقها المصنف في استدلال الحنفية ومن وافقهم علىٰ جواز إجبار الولي للثيب الصغيرة علىٰ النكاح - إنما هو متفرع في الأصل علىٰ كونهم يرون أن العلة المنوط بها الإجبار من عدمه هي العقل ومباشرة المرأة لمصالحها، ولهذا لم يلتفت الحنفية لوصف الثيوبة أو البكارة كثيرا وأناطوا الإجبار بالبلوغ، أما المالكية فلما رأوا أن الغالب في البكر عدم قدرتها علىٰ ممارسة شؤونها وتحقيق مصلحتها لقلة خبرتها لم يجيزوا الإجبار علىٰ الثيب أو البكر العانس لأن هذا المعنىٰ الذي أجازوا الإجبار فيه في البكر لا يتحقق في العانس لكبر سنها، وأجازوا ذلك في الثيب الصغيرة لتحقق تفس المعنىٰ في البكر الصغيرة، أما الحنابلة فكان مسلكهم قريبًا أيضًا من مسلك المالكية إلا أنهم لم يعتبروا العنوسة لما راوا أن البكارة عموما مانعة من صحة نظر المرأة. ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، ١٧٦/٣، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٣٤١/٢.

(٢) كذا في الأصل، ويظهر لي أن ثمة سقط في هذا الموضع تقديره (أنَّ).

(٣) أخرجه أحمد (١٨٩٥)، وابن ماجه (٣٦٠٩)، والترمذي (١٧٢٨) وقال: «هذا حديث حسن صحيح، والعمل علىٰ هذا عند أكثر أهل العلم، قالوا في جلود الميتة: إذا دبغت فقد طهرت».

بنفسها؛ تقريره في حق الصغيرة كتقريره في حق البالغة؛ إذ ليس يحمل في البالغة علىٰ مباشرتها؛ بدليل قوله: **أيُّما امرأةٍ نَكَحَتْ**... الحديثَ، وكان محمولًا علىٰ أن العقد موقوف علىٰ رضاها لا ينعقد إلا به، وهو كذلك في الصغيرة والثيب، وإذا أُغْمِيَ عليها لا يزوِّجُها وليها لقوله: «الثيب أحق بنفسها» والمعنىٰ: أن العقد موقوف علىٰ أن يوجد رضاها علىٰ وجه يصحِّحه الشرعُ، وذلك بتقدير زوال الإغماء، فكذلك في الصغيرة، فلا فرق بين الصغر والإغماء، وكل ذلك غير مانع من التعلُّقِ بالعموم[1].

❊ **فإن قيل**: القياس يشهد لهذا التأويل؛ فإن النكاح من عقود المصالح، ولأجله جاز تعاطيه في البكر الصغيرة، وكما يأبىٰ الشرع تعطيلَ مصلحة البكر يأبىٰ تعطيلَ مصلحة الثيب، فلا عداوة للشرع مع البكر حتىٰ يجوِّز أن يُعقد عليها ما لا مصلحة فيه، وإن كان فيه مصلحةٌ فلا عداوة مع الثيب حتىٰ يَمنَع الوليَّ من تحصيل مصلحتها، والهجوم علىٰ مثل هذا القياس جَلِيٌّ، وحَمْلُ الثيب علىٰ البالغة هيِّنٌ يشهدُ له العُرف والقرائن، كيف ولو حُمل علىٰ العموم لافتقر إلىٰ تأويل في قوله: «أحق بنفسها»؟ إذ لم يمكن الإجراء علىٰ الظاهر، فإذا لم يكن بُدٌّ من تأويل أحد اللفظين فما يوافِقُ القياسَ أَوْلىٰ.

۞ **قلنا**: أما تأويل قوله: «أحق» واجب[2] في المبالغة أيضًا، فلا خَلاص بدليل الحديث الوارد في نفي النكاح بغير ولي، والجمع بين الحديثين متعيِّنٌ؛ أما عموم هذه الصيغة فلا مانع من استعماله، وأما قياس الثيب علىٰ البكر

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٩/٦٦.

(٢) كذا في الأصل، وتقدم التعليق مرارًا علىٰ جواز حذف الفاء من جواب «أما».

ففاسد الوضع ؛ لأنه جَمْعٌ في محِلِّ فَرْقِ الشَّرعِ ، والمقاييس ينبغي أن تستثار مِن موضوعات الشرع علىٰ وجه يلائمها ، ومعظم الأحاديث دائرة علىٰ الفصل بين الثيب والبكر ، فكيف يَستجيزُ ذو الدِّينِ الجَمْعَ ؟! ثم السِّرُّ فيه أن تزويج الثيب إرقاق مؤبد لازمٌ لا خَلاصَ عنه للمرأة طُولَ العُمُرِ ، ولكن إنما يصير مصلحةً بما يقابل وجه المضرة فيه من لَذَّةِ الصُّحبة وطيبِ العيش في الازدواج والاعتضاد بتداخل البيوت والعشائر ، وكلُّ ذلك يُبْتنىٰ علىٰ الأُلْفِ بين الزوجين ، ولو تبدَّل الأُلْفُ بالفِرْكِ[1] والقِلَىٰ لبقي النكاح ضُرًّا مَحْضًا ورقًّا مؤبدًا ، وذلك أمرٌ طبيعي لا يُطلع عليه ، ولما كان الطلاق نتيجة المَقْتِ والبغض ، وكان ذلك من نتائج الطبع ، لم يكن للولي التطليقُ ، ولكن صار النكاح من الأب في حق البكر مصلحةً ؛ ثقةً بأمرين أحدهما بكارتها ؛ فإن الغالب أنَّ البكر تألَفُ أوَّلَ زوجٍ ، وذلك معلوم بالعُرفِ ، وأما الثيب إذا أَلِفَتْ رجلًا واستلذَّت أخلاقَه ، فربما تحِنُّ إليه ولا تألَفُ الثانيَ أو تَلْقىٰ من الثاني ما رأت من الأول نقيضَه ، فتَسْتكرِهُه ولا تألَفُه ، والثاني: أن يكون/ صدر النكاح عن الأب والجد ؛ ثقةً بكمال شفقتهما واعتمادًا علىٰ تشوُّفِهما بالطبع إلىٰ امتثال قوله ﷺ: «**النكاحُ رِقٌّ ؛ فلينظُرْ أحدُكم أين يَضَعُ كريمتَه**»[2] فيُعلَمُ بالعادة أن نظر الأب لابنته كنظرها لنفسها وأرفَقُ وأتمُّ ،

١/٢٣١

(١) الفرك: البغض ؛ قاله في الصحاح ، ٤/١٦٠٣.

(٢) أخرجه ابن أبي الدنيا في العيال (١١٥) باب تزويج البنات ، وسعيد بن منصور في سننه (٥٩١) باب ما جاء في المناكحة ، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٣٤٨١) باب الترغيب في الزواج ؛ من حديث أسماء بنت أبي بكر موقوفًا عليها ، وقال البيهقي: ويذكر عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما ، أنها قالت: إنما النكاح رق فلينظر أحدكم أين يرق عتيقته ، وروي ذلك مرفوعًا والموقوف أصح ، والله سبحانه أعلم.

فمجموع هذين الأمرين يُصيِّرُ النكاح مصلحةً، وكل واحد من الأمرين مِسْمارٌ علىٰ هذه المصلحة لا يوثق بها دونَه، فعن هذا منع الشافعي إجبارَ غيرِ الأب والجَدِّ البكرَ، ومنع إجبار الأب والجد لغير البكر، ولا ينكر أن لكل واحدٍ من المعنيين أثرٌ[1] في العرف، فلا سبيل إلىٰ الهجوم علىٰ الإرقاق مِن غير ثقة وثبت[2].

❊ **فإن قيل:** الصغيرة لا تلتَذُّ بالواقع لانفكاكها عن شهوة الجماع، فلا تحصل لها ممارسةٌ تُؤثِّرُ في رغبةٍ أو نفرةٍ، بل التأثير يظهر بعد البلوغ.

❁ **قلنا:** ومن أين تخيلتُم أن الأُلْفَ والنفرة موقوف علىٰ الوِقاع وشهوته؟! لا بل مَثارُه الصُّحبة والعِشرة والتآلف والاستمالة ومُقدِّمات الجماع، والصغيرُ يألَفُ الظِّئرَ والمتفقِّدَ ومن يتودَّدُ إليه تودُّدَ المشفق علىٰ وجه يتأذىٰ بمفارقته، ويَبينُ ذلك علىٰ بِنْيته وحالته، فإذا صار بحيث يحتمِلُ الوطءَ، فكيف لا يألَفُ؟! وعلىٰ الجملة يُتَّبع صُوَرُ الثيابة، ولا نظر إلىٰ تفاصيل الأحوال.



مَسْألَة: المرأةُ إذا ثابت بالفجور وجب استنطاقُها[3]، وقال أبو

(١) كذا في الأصل بالرفع، والجادة النصب اسم «إن» وتقدم تخريج مثل هذا.

(٢) ينظر: الوسيط، ٥/٦٥.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير، ٩/٦٨، والوسيط، ٥/٦٦، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص٣٦١، وهو قول محمد بن الحسن وأبي يوسف القاضي من الحنفية. ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، ١/١٩٧، وهو المعتمد عند الحنابلة، قال المرداوي: «ولا فرق بين الثيوبة بوطء مباح أو محرم، أما الوطء المباح: فلا خلاف في أنها ثيب به. وأما الوطء بالزنىٰ وذهاب البكارة به: فالصحيح من المذهب: أنه كالوطء المباح في اعتبار الكلام في=

حنيفة: **يُكتفىٰ بصمتِها**[1]، **والمعتمد ظاهِرُ قولِه ﷺ: «الثيب أحَقُّ بنفسها، والبِكرُ تُستأمر، وإذنها صُماتُها»**، فالاكتفاء بالصمت خاصيَّةُ الأبكار، وليست هذه بكرًا شرعًا ولغةً وعرفًا، ولذلك لا سهم لها في الوصية المضافة إلىٰ الأبكار، ولا تَعتِقُ بالعِتق المضاف إلىٰ الأبكار، والحقيقة أن «البكر» هي التي إذا وطئت كانت مبتكرةً في الوطء؛ مِن الباكورة والبُكورِ، والثيب هي التي إذا وُطِئَت كانت عائدةً إلىٰ الوطء؛ من قولهم: ثاب إليه عقلُه؛ إذا عاد؛ فهذا حُكم اللغة، وأما العادة فلا خفاءَ بها.

❊ **فإن قيل**: هذه ليست بكرًا في لسان الشرع؛ بدليل أنه قال: **«الثيِّبُ بالثيبِ جَلدُ مئةٍ والرجم»**[2]، وهي لا تستحِقُّ الرَّجْمَ.

۞ **قلنا**: هذه ثيِّب شرعًا؛ بدليل اليمين والوصية، وأما الرجم فقد خُصِّص ببعض الثيب؛ بدليلٍ دلَّ عليه؛ كما خُصِّصَ بالثيب الحرة البالغة المسلمة علىٰ أصلهم، وكما أُخرِجَ عنه الموطوءة بالشُّبهة، وهي ثيب في مسألتنا، فإن كان عندكم مِن دليل يوجب التخصيص، فنحن نتَّبِعُه، أما الخصوص في الرجم: لا يوجب الخصوص فيما نحن فيه؛ كالثيب بوطء الشبهة.

❊ **فإن قيل: الاكتفاء بصمت البكر مُعلَّلٌ بحيائها، قالت عائشة** رضي الله عنها:

= إذنها. وعليه الأصحاب». ينظر: الفروع لابن مفلح، ٥/١٢٧، وشرح الزركشي، ٢/٣٤٦، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٨/٦٥.

(١) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، ١/١٩٧، وفتح القدير لابن الهمام، ٣/٢٧٠، ومجمع الأنهر شرح كلتقىٰ الأبحر، ١/٤٩٣. وهو مذهب المالكية. ينظر: شرح مختصر خليل، ٣/٢٣٩، وحاشية العدوي، ٢/٤٤.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢/١٦٩٠) بابُ حَدِّ الزنىٰ.

إنها تستحيي؟ فقال: «إذنُها صُماتها»، وما أمكن تعليلُه بمُخيلٍ فلا بُدَّ منه، ومفارقةُ البكرِ الثيبَ في الحياء معلومٌ، والتعليل به مُخَيلٌ، والحياء عبارة عن خَوَرٍ في الطبع بأصل الجِبِلّة، لا يزول إلا بكثرة المذاكرة والمحادثة، فالوطء الجاري في مظنة الذِّكْر هو الذي يحُلُّ عُقدتَه ويفيد جُرْأةً على النُّطق، وكل وطء مذموم يُقصد إخفاؤه ولا يُتحدث عنه فلا يؤثر في إزالة الحياء/، فلا [٢٣١/ب] يزول الحياء إلا بممارسة واقعة في مظنة الذِّكر؛ كما يجري في النكاح أو في الزفاف على ظن النكاح، فإن التحدُّث به كالتحدث بالنكاح، وأما الزنى فهي كبيرة ترتكِبُها سرًّا، ولا تُذكر جهرًا، وتزداد بسببه خِزْيًا، ولا يُفارَقُ به حياءٌ أصلًا[١].

❁ **قلنا**: حاصل الكلام راجع إلى أن الحياء يزول بالثيابة، ولكن لا يزول بكل ثيابةٍ، وإنما يزول بثيابةٍ موصوفة، وهي المحمودة الواقعة في مظنة الذِّكر، فوَصْفُ الثيابة مُعتبَرٌ بالاتفاق، وهذه زيادة زدتموها بالرأي على ظاهر اللفظ، ولا ضبط لها، فربما زِنًى يظهر ويُتحدث عنه، وربَّ نكاحٍ بغير ولي يَجري خُفيةً ولا يُذكر ولا يُتحدث عنه، وإن كان يُتحدث عنه، فكما حصل الوطء وغابتِ الحَشَفةُ لا تنحَلُّ بالكلية عُقدةُ الحياء، وإنما انمِحاءُ أثَرِ الحياء على تدريج وطولِ زمان، وذلك أيضًا يحصُلُ بكثرة الزنى وطولِ ممارسته، ولكن لا مَرَدَّ ولا ضابِطَ، فقيل: يُكتفى بحصول تغييب الحشفة

---

(١) قال المرغيناني: «ولأبي حنيفة ﷺ أن الناس عرفوها بِكرًا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه، فيكتفي بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحُها؛ بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد؛ لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكامًا، أما الزنى فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يُكتفى بسكوتها». ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، ١/١٩٧.

في إثبات الحكم ذُكِرَ أولم يُذْكرْ أُخْفِيَ أم أُظْهِرَ، وأجري ذلك فيما ألَمَّ بها علىٰ ظنٍّ أنها زوجتُه الجديدة التي لم يَلْقَها قبلُ لو دخل بيتها سرًّا ليفترعها، فغَلِط إلىٰ أختِها، وغلطت إليه وجرىٰ الثيابة، وجب الاستنطاق؛ لأن أمرَ الذكر غيرُ مضبوط، فليُتَّبَعْ صورةُ الثيابة؛ حَذارًا من هذا الخبط[1].

* فإن قيل: إن لم ينضبِطِ الذكر فمظنَّتُه فلتُتَّبَعْ، وهو ما يجري في نكاحٍ أو علىٰ اعتقادِ نكاحٍ، والشرع قد يُقيم مظِنَّةَ المعنىٰ مُقامَ نفس المعنىٰ.

* قلنا: للشرع أن يفعل ذلك، وليس لنا إلا اتِّباعُ عين المعنىٰ وجوهرِه، واتِّباعُ عينِ الحياء غيرُ ممكنٍ، فإن لم يكن بُدٌّ من مظِنَّةٍ ورضينا بها، وإن شذ عن أطرافها المعنىٰ، فالثيابة مظنَّةٌ، والزِّنىٰ طَرَفٌ منه، فإن شذَّ عنه المعنىٰ فالنظر إلىٰ جِنس الثيابة؛ كما نظروا إلىٰ جنس النكاح مع اعترافهم بأن المعنىٰ قد لا يُطابقه؛ بحيث لا يطول عنه في صورة ولا يَقْصُرُ عنه في صورة، وإذا عجَز الخَصمُ مع تصرُّفِه عن اتباع جوهر الحياء كما عجزنا واضطر إلىٰ الرضىٰ بمظنة تَحْوي المعنىٰ في أغلب الصور، فالمَظِنَّة التي دلَّتْ عليها لَفْظُ الشرع أولىٰ، وهي الثيابة؛ لأن نَصْبَ المظانِّ بالرأي

(١) وقال الماوردي في سياق استدلاله: «ولأن بكارتها زالت بوطء فوجب أن تكون في حكم الثيب كالموطوءة في نكاح، ولأن كل وطء زالت به البكارة إذا كان حلالا زالت به البكارة، وإن كان محظورا كوطء الشبهة، ولأن كل وطء زالت به البكارة إذا تكرر زالت به البكارة وإن لم يتكرر كالمنكوحة، وقد قال: إنه لو تكرر منها الزنىٰ صارت ثيبا وكذلك إذا لم يتكرر ولأن صمت البكر إنما صار إذنا لاستحيائها بدوام الخفر وقلة اختيارها للرجال فتميزت عن الثيب التي قد ظهر خفرها وخبرت الرجال فصارت أقل حياء من البكر والزانية لم تقدم علىٰ الزنىٰ إلا لزوال الحياء وارتفاع الخفر فصارت أجرأ علىٰ القول وأخبر بالرجال من ذات الزوج». ينظر: الحاوي الكبير، ٩/٦٨.

وَضْعٌ للشرع وتَحَكُّمٌ، والسفرُ لما كان مظنةً للشفقة اتَّبعناه؛ لا بالرأي، ولكن بدَلالة الظواهر على صورة السفر، فكذلك هذا، وهذا قاطِعٌ لمن أحسن تقديره.

❊ فإن قيل: سلَّمْنا أن الزنى مِن جنس ما يؤثر على الجملة في إزالة الحياء، ولكِنْ عَدَل الشرع بنا عن نفس الحياء إلى صورة البكارة ليتيسَّرَ الوقوفُ عليه، فإنَّ زَوالَ الحياء مما يَعْسُرُ دَرْكُه، فأُقيم مُقامَه الثيابةُ الذي[1] يظهر دَرْكُه، والزنى مما يخفى دَرْكُه كنفس الحياء، فإنه يجري خُفيةً، فتكليفُ الولي الوقوفَ عليه مُحالٌ، فليُطْلَبْ بسببٍ يتضمَّنُ المعنى؛ بحيثُ يكونُ الوقوفُ عليه أيسَرَ من المعنى، أولم[2] يكن ذلك مقصودًا لاتُّبعَ الحياءُ/ في [٢٣٢/أ] نفسِه، ورُبَّ بِكرٍ لا تَسْتَحيي، ورُبَّ ثيِّبٍ تستحيي.

❁ قلنا: الحياءُ في جوهره لم يُتَّبَعْ؛ لأنه في نفسه لا ينضبِطُ؛ إذ يختلف بالأحوال والأشخاص والوقائع، وطريقُ الوقوف عليه لا يتعيَّنُ؛ إذ يُستدرك وجودُه وعدمُه بمخائلَ وقرائنَ تضيق عنها العبارةُ، ويختصُّ بدَرْكِها الفَطِنُ المراقب، وتختلف فيها الأفكار والفِطَنُ، فعسُرَ اتِّباعُه، أما الثيابة ففِعْلٌ لا يضطرب في نفسه، ودَرْكُه يستند إلى العِيان المعلومِ، وقد ناط الشرع بالزنى

(١) كذا في الأصل، والجادَّة أن يقالَ: «التي»، لكن قد ذهب الأخفش وجماعة من العلماء إلى أن «الذي» مِثلُ «مَنِ» الموصولة تقع على الواحد والجمع، وقد رد هذا القول غير واحد من العلماء؛ فقال أبو حيان: «ولو كان مثل «مَنْ» ـ على ما ذهب إليه الأخفش ـ لجاز أن يكون أيضًا للمثنى، فيعود عليه الضمير مثنى، فتقول: جاءني الذي ضربا زيدًا، وهو غير مسموع». ينظر: التذييل والتكميل، ٢٨/٣ ـ ٣٠.

(٢) في الأصل: «أو لم»، وكتب أسفله في حاشية الأصل: «كذا في الأصل»، والمثبت هو الصواب ليَسقيم المعوجُّ ويصِحُّ الكلام؛ والله أعلم.

أحكامًا تَتْبَعُ صورتَه، فكيف يُشبَّهُ بجوهر الحياء! ومِن أقرب أمرٍ إلىٰ ما نحن فيه تحريمُ المصاهرة؛ فإنهم علَّقوها بالزنىٰ، ووجه التقريب أنَّ البكر إذا زنت تعلَّق بزناها بُطلانُ نكاحِ أبِ الزاني معها، وبطلانُ ترويج ابنِها إيَّاها في سكوتها، فَبِماذا يعرِفُ أبُ الزاني زِناها حتىٰ يمتنِعَ عن نكاحِها، فهو الطريق في معرفة وليِّها، فإن أقرَّتْ أو شهِدَ الشهودُ أو عاين الوليُّ، بطَل التزويجُ، وإن لم يظهر بُنِيَ الأمر علىٰ الاستصحاب؛ كما يفعله أبُ الزاني، ولا فرق بين الصورتين بحالٍ.

❊ **فإن قالوا:** إذا ظهر للولي وجَب الاستنطاقُ؛ فقد رفعوا الخلافَ؛ فإنَّا لا نوجِبُ الاستنطاق إذا لم يظهَرْ، ونوجب علىٰ المرأة النُّطقَ؛ فإنه ظاهِرٌ في حقها، فلو ظهر بعد ذلك بالتوافق ينبغي أن يَتبيَّنَ به بطلانُ النكاح؛ كما لو ظهر للناكح أن ابنه قد زنىٰ بمنكوحته قبل نكاحه، فإنَّ حرمة المصارهة عندهم تتعلَّق بالزنىٰ، ولا فَرْقَ بين الحُكمين.



❊ مَسْأَلَة: الفاسقُ لا يلي تزويجَ ابنته في قولٍ[1]؛ خلافًا له[2]،

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٦١/٩، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٦٤/٧، وهو المروي عن مالك، وقول أشهب وأصبغ من المالكية، ورواية عن الإمام أحمد بن حنبل. ينظر: بداية المجتهد، ١١/٢، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٧٤/٨.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، ٢٣٩/٢، وفتح القدير لابن الهمام، ٢٥٥/٣، وهو المشهور من مذهب المالكية، قال النفراوي: «وشروطه ستة: الإسلام إذا كانت الزوجة مسلمة، وأن يكون حلالًا؛ لأن الإحرام من أحد الثلاثة يمنع صحة العقد، والذكورة؛ فلا يصح عقد الأنثىٰ ولو علىٰ ابنتها أو أمَتِها، والحرية؛ فلا يزوج الرقيق ابنته أو أمته، والبلوغ؛ فلا يزوج الصبي أخته أو أمته، والعقلُ، فلا يزوج المجنون ابنته، فهذه ستة شروط في ولي المرأة،=

والمعتمد أن هذه ولاية مَنوطةٌ بالنظر، والفاسق ليس من أهل النظر، فلا يستبِدُّ بهذه الولاية؛ كولاية المال وولاية القضاء.

❊ **فإن قيل**: لا نُسلِّمُ أن الولايةَ مَنوطة بالنظر.

◈ **قلنا**: نعني به أنه يجِبُ عليه رعايةُ مصلحة طفله فيما يتعاطاه من العقد، فإنكار هذا خَرْقٌ للإجماع، وكيف لا وقد وجب عليه التحرزُ عن البَخْسِ بحقها في فَلْسٍ مِن مالها؟! فكيف يجوز الهجومُ علىٰ إرقاقها من غير نظرٍ وغِبطةٍ، وقد قال ﷺ: «**إنَّ النكاح رِقٌّ؛ فلينظُرْ أحدُكم أين يضع كريمتَه**»[1]؟! أوجب النظر وذَكَر عِلَّتَه، ولما ناط الشرعُ الولايةَ بالقريب المُشفِقِ، ثم اختار الأقرب فالأقرب، عُلِمَ ضرورةً أنَّ المطلوب داعيةٌ باعثة علىٰ تفقُّدِ المصلحة، وكيف لا وإنما سُلِبَ استقلالُ الصبي خيفةَ إضرارِه بنفسِه؟! فكيف سُلِّط عليه الوليُّ ويجوزُ له الإضرارُ؟!

❊ **فإن قيل**: إن كان معنىٰ النظر طلبَ مصلحتها؛ فالفاسق أَهْلٌ له؛ لأن مُستندَه الدِّرايةُ والرعايةُ، فقد يدري المصلحة مَن لا يرعاها، وقد يتشوَّفُ إلىٰ الرعاية مَن لا يدريها، فلا بُدَّ مِنَ الرُّكنَينِ، ومصدرُ دِراية المصالح العَقلُ، والباعِثُ علىٰ رعايتها شَفَقَةُ الأبوَّةِ، والفاسق مُشفِقٌ طبعًا، ومُدرِكٌ لوجوه المصلحة عقلًا، فتكامل في حقِّه أسبابُ النظر، ولهذا بقِيَتْ ولايتُه علىٰ نفسه، ولم يُحجَرْ عليه في نفسه وماله وعبده حتىٰ يتزوَّج لنفسه/ بنفسه، ويُزَوِّجَ [٢٣٢/ب]

= وأما العدالة فهي شرط كمال؛ فيستحب وجودها كما يستحب كونه رشيدًا». ينظر: الفواكه الدواني، ٢/٤، وبداية المجتهد، ٢/١١، وشرح زروق علىٰ الرسالة، ٢/٦٣٠، والوسيط، ٥/٧٢، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٨/٧٤.

(١) تقدم تخريجه.

عبدَه علىٰ الرأي الأظهر عندكم، ويعزِّرُه ويتصرف فيه بولايته، وأما ولاية المال والقضاء فله أهليَّةُ النظر فيهما، ولكنه لا يؤمن اختزالُه، فقيل: يُنَصِّبُ القاضي مُشرفًا عليه في المال ليصونَه عن الاختزال، وأما ولاية القضاء فلا يُفوَّضُ إليه، ففي العدول غُنية عنه؛ فإن مراقبةَ القُضاةِ عسيرٌ.

❁ **قلنا:** لسنا ندَّعي علىٰ الفاسق قصورًا في دراية المصلحة، ولكنَّا نتوهَّمُ القُصورَ في رعايتها؛ كما في ولاية المال، والشفقةُ المُجرَّدة غيرُ كافية له؛ بل الشفقة تكفي لصون حقِّها عن الهلاك، وعن أن يتناولها الغيرُ، ولا يكفي للمنع من إيثار نفسه عليها في الأغراض الدائرة بينه وبينها، فإن شفقة الإنسان علىٰ نفسِه أكثرُ منه علىٰ وَلَدِه، فالدِّينُ هو الوازعُ عن أن يَصْرِفَ حقَّها إلىٰ نفسه، والبُضْعُ وإن لم يتمكَّنِ الولي من الاختزال فيه، فهو متمكِّنٌ من التوسُّل به إلىٰ غرضٍ له؛ إذ قد يتوسَّلُ به إلىٰ تحصيل المهر واختزاله أو أَخْذِ مالٍ مِن خاطبها الذي لا يليق بمصلحتها، أو يستظهِرُ بحِشْمةِ ظالمٍ، فيستعين به في فسقه، ويتحصَّنُ بظله عن تعرُّضِ المنكرين، فتفويض الأمر إليه ـ والنكاح إرقاقٌ مؤبَّدٌ ـ خَطَرٌ، وهذا الفِقه الذي قرَّرْناه، وهو أن الرِّقَّ ضررٌ مَحْضٌ، وإنما صارت مصلحةً بالجَبر والمقابلة والتناهي التام في تفقُّد الغبطة، ومِسْمارُه النظر التامُّ الصادر عن شفقة كاملة وديانة وازِعةٍ؛ مع وجود البكارة التي يغلب معها الائتلاف، فإذا انخرم رُكنٌ مِن هذه الأركان لم تُقابِلِ المصلحةُ المَضرَّةَ؛ بل زادَتِ المضرَّةُ عليها[1].

---

(١) وقد ادعىٰ بعض الحنفية وقوع الإجماع علىٰ جواز ولاية الفاسق في النكاح، وفي ذلك يقول الكاساني: «إجماع الأمة أيضًا؛ فإن الناس عن آخرهم عامِّهم وخاصهم من لدن رسول الله ـ ﷺ ـ إلىٰ يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد؛ خصوصًا: الأعراب=

❊ **فإن قيل:** الشفقة وازعة مما تخيلتموه؛ فإنه لا يُضِرُّ بابنته إلا ويتضرَّرُ هو بنفسه، فإن زوَّجها من غير كفؤٍ، فهو المتعيَّرُ به، وإنْ زوَّجَها من فقير فهو المتضرِّرُ بفاقةِ ابنته وفَقْدِها، وهو المحتاج إلىٰ تعهُّدِها، وإنْ زوَّجها مِن قبيح لا يؤلَفُ أو من فَظٍّ غليظٍ لا يَأْلَفُ، فهو المُؤْذَىٰ بتنافرهما وتقاطعِهما، فإنَّ ذلك يوجب عَوْدَ ابنته إلىٰ بيته وتطوُّقَه عُهدتَها ومَؤونتَها، ووراءَ ذلك كلِّه تأذِّيه طبعًا بما يلقىٰ ولدُه الذي هو فِلْذَةُ كبدِه من الأذىٰ، فتصرُّفُه في ابنته تصرُّفٌ منه لنفسه؛ كتصرفه في ماله وعبده علىٰ التحقيق، وإن احتَرَزَ عن هذه المضرَّاتِ، فالمصلحة حاصلة لها، فإن قُدِّر للأب استظهارٌ بحِشْمَةٍ أو انتفاعٍ بمعاونةٍ، فالعَدْلُ أيضًا قد يقصِدُ ذلك ويتشوَّفُ إليه طبعًا، ولا مَنْعَ منه.

❁ **قلنا:** نعم لا ننكر أن يتضرَّر بتضرُّرِ ابنته، ولكن قد يكون ضررُه بفوات شهواته في فسقه أو تنغُّصِ عيشه بقلَّةِ المال أو رَكاكة الحال وسقوط الحِشْمةِ والجاهِ ـ أشدَّ من تألُّمِه بضررٍ موهوم في حق ابنته، وهو الغالب علىٰ الفُسَّاق، فيتذرَّعُ بها إلىٰ دفع المضرة التي تخُصُّه في فسقه بالإضرار بابنته،

= والأكراد والأتراك، ولأن هذه ولاية نظر والفسق لا يقدح في القُدرة علىٰ تحصيل النظر ولا في الداعي إليه وهو الشفقة، وكذا لا يقدح في الوراثة، فلا يقدح في الولاية كالعدل، ولأن الفاسق من أهل الولاية علىٰ نفسه، فيكون من أهل الولاية علىٰ غيره كالعدل، ولهذا قَبِلْنا شهادته، ولأنه من أهل أحد نوعي الولاية، وهو ولاية الملك حتىٰ يزوج أمته، فيكون من أهل النوع الآخر». ولا يخفىٰ ما في دعوىٰ الإجماع من مجازفة غير مقبولة، فقول الكاساني: فإن الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله ـ ﷺ ـ إلىٰ يومنا هذا.... ممنوع بوقوع الخلاف فيه، فلا وجه لدعوىٰ الإجماع في هذا المحل. ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٢٣٩.

ويكون التضرر بضررِها أهونَ عليه من تضرُّرِه في نفسه بامتناع الفسق وتعذُّرِ اتباع الشهوات عليه/، وهذا لا يَزَعُ منه إلا الدِّيانةُ والعَدالةُ، والولاية ولايةُ إجبارٍ، والتصرفُ تصرُّفُ إرقاق، فلا بُدَّ من الاحتياط والاستيثاق، وهذا كولاية المال؛ فإنه لا يَستبِدُّ به، ولا يُقالُ: لو استهلك مالها لتضرَّر بفقرِها؛ فإن تضرُّرَه بفقره أعظمُ من تضرُّرِه بفقرِها، فيُقَدِّمُ غرضَ نفسِه الخاصَّ علىٰ غرضِها أو علىٰ غرضه الذي يتعلَّق بها، ولا فرق بين البابَين إلَّا أن نفس المال متعلَّقُ غرضِه، والبُضع يصلح للتوسُّلِ إلىٰ المهر والمال الذي هو متعلقٌ، وإلا فالشفقة قد لا تُحمل علىٰ إيثارِه غَرَضَ ابنته علىٰ غرض نفسه، وإنما ذلك من نتائج العدالة والدِّين، وعلىٰ هذه النُّكتة يخرجُ تزويجُ الكافر ابنتَه؛ فإن الدِّين يمنعه من الإضرار بها لغرضِه، ومَنْعُ الدِّين يُبتنىٰ علىٰ الاعتقاد لا علىٰ كونه حقًّا عند الله، فالكافر فيه كالمسلم؛ بدليل ولاية المال.

❊ **فإن قيل**: لو عضَل الوليُّ فهو فسق، فينبغي أن ينعزِلَ، ولا خلاف في أنه لا ينعزِلُ؛ إذ لو زوَّجَ بعدَ العضل نفَذ، وإلا بعدُ لو زوَّج لم ينفُذْ؛ بل السلطان يزوِّجُ، فذلك دليل قاطع علىٰ بقاء الولاية مع الفسق.

۞ **قلنا**: لا يُتصوَّرُ العَضْلُ إلا بعد الطلب، وذلك في ولاية الاستئمار، ونحن قد نقول علىٰ طريقة إن الفاسِقَ أهلُه، وليس أهلًا لولاية الإجبار لما سبق من استبداده به، وإن سُلم فليست الولاية أدعىٰ للعدالة من الشهادة، وعدالة الشهادة لا تفوت بصغيرة واحدة بالاتفاق؛ لا سيَّما إذا أمكن أن يكون له عُذرٌ وتأويل باطن في الامتناع، فالعضل في رُتبة الصغيرة.

أو نقولُ: انعزل به، ولكن إذا تاب الفاسق عادت ولايتُه وتوبته بعَودِه

إلىٰ التزويج، وهذا كما أنَّا نكتفي في توبة القاذف لقبول شهادته بإظهار الندامة والعزم علىٰ ألَّا يعودَ، ولا يُشترط فيه استبراءٌ يَزيد عليه علىٰ أصحِّ القولين؛ بخلاف سائر أنواع الفسق؛ لأنَّ صِدْقَه في القذف مُمكنٌ، وإضمار تأويل في العضل ممكن، ثم لمَّا كان العود جائزًا ومُتَوقَّعًا في كل حال، لم نجزِم القول بالنقل إلىٰ الأبعد وهو بِصَدَدِ العَود في كل حالٍ؛ بل أُلحِقَ هذا بمنع الحقِّ، فالسلطان ينوب في التوفية(١).



(١) وتحرير الخلاف وتأصيله في هذه المسألة: أن المصالح التي منها اشتراط العدالة في التصرفات لحصول الضبط بها ضرورة أنه لا انضباط مع الفسقة ومن لا يوثق به علىٰ أقسام: القسم الأول أن تكون في محل الضروريات، فينعقد الإجماع علىٰ اشتراطها فيه، ولهذا هنا نظائر منها الشهادات، فإن الضرورة تدعو لحفظ دماء الناس وأموالهم وأبضاعهم وأعراضهم عن الضياع، والقسم الثاني: أن تكون في محل الحاجيات؛ فيجري الخلاف في اشتراطها نظرًا لداعية الحاجة أو عدم اشتراطها؛ نظرا لما يعارض داعيتها إن كان، ولهذا هنا نظائر منها: إمامة الصلاة؛ فإن الأئمة شفعاء، والحاجة داعية لإصلاح حال الشفيع عند المشفوع عنده، وإلا فلا تقبل شفاعته فيشترط فيهم العدالة، والقسم الثالث: أن تكون في محل التتمَّاتِ؛ فيجري الخلاف في اشتراطها وعدم اشتراطها لتعارض شائبتين فيه، ولهذا نظائر هنا أيضًا: منها الولاية في النكاح فإنها تتمة، وليست بحاجية؛ بسبب أن الوازع الطبيعي في الشفقة علىٰ المولىٰ عليها يمنع من الوقوع في العار، ومن السعي في الإضرار، فقرب ذلك عدم اشتراط العدالة فيها؛ كالإقرارات لقيام الوازع الطبيعي فيها؛ إلا أن الفاسق لما كان قد يوالي أهل شيعته فيؤثرهم بتوليته كأخته وابنته ونحو ذلك، فيحصل لها المفسدة العظيمة، فاشترطت العدالة تتمةً لأجل تعارض هاتين الشائبتين، ولهذا التعارض وقع الخلاف بين العلماء في اشتراط العدالة في ولاية النكاح، وهل تصح ولاية الفاسق أم لا. ينظر: تهذيب الفروق، ٤/٩٦.

❁ **مَسْأَلَة: لا ينعقِدُ النكاحُ بشهادة الفاسِقَين**[1]**؛ خلافًا له**[2]**؛ لقوله ﷺ: «لا نِكاحَ إلا بوليٍّ وشاهِدَيْ عَدْلٍ»**[3]**، وهو نصٌّ صريح في المسألة، وقوله: «لا نِكاحَ إلا بوليٍّ وشهودٍ»**[4] **مُعتَرفٌ به، وهو عامٌّ، وهذا خاصٌّ، فكانت قرينةً في التخصيصِ لا يجوزُ العُدولُ عنها.**

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٦٠/٩، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٤٩/١٢، وهو مذهب المالكية وروايةٌ عن الإمام أحمد. ينظر: الرسالة لابن أبي زيد، ص٨٩، والفواكه الدواني، ٤/٢، والمغني، ١٠/٧، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٠٢/٨.

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي، ٣١/٥، والاختيار لتعليل المختار، ٨٣/٣، وتبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق، ٩٨/٢، والبناية، شرح الهداية، ١٤/٥.

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٣٨٦/٩ (٤٠٧٥)، والدارقطني في سننه، ٣٢٣/٤ (٣٥٣٣)، والبيهقي في سننه، ٢٠٢/٧ (١٣٧١٨) من حديث عائشة.

وقال ابنُ الملقن: هذا الحديث مروي من طرق أصحها ما رواه أبو حاتم بن حبان في صحيحه من حديث ابن جريج، عن سليمان بن موسىٰ، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: **«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح علىٰ غير ذلك فهو باطل؛ فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»** ثم قال: لم يقل أحد في خبر ابن جريج هذا، عن سليمان بن موسىٰ، عن الزهري «وشاهدي عدل» إلا ثلاثةُ أنفس: سعيد بن يحيىٰ الأموي عن حفص بن غياث، وعبدالله بن عبدالوهاب الحجبي عن خالد بن الحارث، وعبد الرحمن بن يونس الرقي عن عيسىٰ بن يونس. قال: ولا يصح في ذكر الشاهدين غيرُ هذا الحديث. ينظر البدر المنير، ٤٧٤/٧ ـ ٤٧٥.

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ٣٦٤/٥ (٥٥٦٥)، من حديث أبي بلال الأشعري عن قيس بن الربيع، عن أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن أبي موسىٰ، عن النبي ﷺ، ثم قال الطبراني: لم يقل في حديث أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن أبي موسىٰ: «وشهود» إلا أبو بلال الأشعري، عن قيس.

والدارقطني في سننه، ٣١٣/٤ (٣٥١٩)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ، ٩٠/٧ (١٣٣٥٩) عن أبي سعيد الخدري، قال: **لا نكاح إلا بولي وشهود ومهر؛ إلا ما كان من النبي ﷺ.**

❊ فإن قيل: نحكُمُ بموجَبِ الخبَرَينِ؛ فنقول: ينعقِدُ بعَدلَينِ بحُكم حديثِكم، وينعقِدُ بشاهدَينِ بحُكم حديثنا.

۞ قلنا: حديثُنا نصٌّ في نَفْيِ الانعقاد عند عَدَمِ الولي والشاهِدَيِ العَدْلِ، وحديثُكم ليس نصًّا في الانعقاد دونَه؛ بل هو عامٌّ قابلٌ للتخصيص، فإذا قال: «لا صلاةَ إلا بطُهورٍ»[(١)]، كان ذلك نصًّا في نَفْيِ الصلاة عند فَقْدِ الطَّهور حتىٰ يكون الحكم بانعقاده دون الطهور بكل حالٍ نسخًا له[(٢)].

---

(١) أخرجه مسلم ٢٠٤/١ (٢٢٤) كتاب الطهارة، باب وجوب الطهارة للصلاة، بلفظ: لا تقبل صلاة بغير طهور.

(٢) والخلاف مع الحنفية هنا لا يتوقف علىٰ العمل بالخبرين، وعلىٰ تخصيص أحدهما أو تقييد إطلاقه، وإنما ينبني في الأساس علىٰ أن الفاسق من أهل الشهادة عند الحنفية، وإنما لا تُقبَلُ شهادتُه؛ لتمكُّن تُهمة الكذب، وفي الحضور والسماع في عقد النكاح لا تتمكَّنُ هذه التُّهمةُ منه؛ فكان بمنزلة العَدْلِ، وينبني أيضًا علىٰ أصلِهم في أن الفِسْقَ لا يَنقُصُ من إيمان الفاسق عندهم، فإن الإيمان لا يَزيد ولا يَنقُصُ علىٰ قولهم، فالأعمال عندهم من شرائع الإيمان لا من نفسه، وعند الشافعي وأغلب أهل السنة الشرائع من نفس الإيمان، ويزداد الإيمان بالطاعة، وينتقص بالمعصية.

ويجاب عن سؤال انتفاء تهمة الكذب عنه أنه مبني علىٰ اعتبار حضور العقد حال تحمل لا يراعىٰ فيه العدالة، وهو خطأ؛ لأن الشهادة في عقد النكاح إن كانت تحمُّلًا فهي تجري مجرىٰ الأداء من وجهين:

أحدهما: وجوبها في العقد كوجوبها في الأداء.

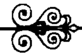
والثاني: أن يراعىٰ فيه حرية الشهود وإسلامهم وبلوغهم كما يراعىٰ في الأداء، وإن لم تُراعَ في تحمل غيره من الشهادات، فكذلك الفسق. أما بناؤهم علىٰ مسألة زيادة الإيمان ونقصانه فهي مسألة مشهورة عند أهل السنة، وهي مبسوطة في كتاب الاعتقاد، والمقصود بزيادة الإيمان ونقصانه القَدْرُ الزائد علىٰ الأصل الذي يحصل به التوحيد. ينظر: المبسوط للسرخسي، ٣١/٥، والحاوي الكبير، ٦٠/٩.

٭ فإن قيل: حُمل قولُه: «لا صلاةَ لجارِ المسجد إلَّا في المسْجِدِ»[(١)]، و«لا صيامَ لمَن لم يُبيِّتِ الصيامَ»[(٢)] علىٰ نَفْيِ الفضيلة، وكان ذلك من

---

(١) أخرجه الدارقطني، ٤٢٠/١ (١٥٥٢)، كتاب الصلاة، باب: الحث لجار المسجد علىٰ الصلاة فيه إلا من عذر، من طريق محمد بن سكين الشقري المؤذن، نا عبد الله بن بكير الغنوي، عن محمد بن سوقة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله ﷺ يرفعه إلىٰ النبي ﷺ.
قال الزيعلي: قال ابن القطان: محمد بن سكين الشقري مؤذن مسجد بني شقرة ذكره العقيلي في الضعفاء، وقال ابن عدي: ليس بمعروف. وقال الذهبي: لا يعرف وخبره منكر، وقال البخاري: في إسناد حديثه نظر.
وأخرجه الدارقطني، ٤٢٠/١ (١٥٥٣)، كتاب الصلاة: باب الحث لجار المسجد علىٰ الصلاة فيه إلا من عذر، والحاكم ٢٤٦/١، كلاهما من طريق سليمان بن داود عن يحيىٰ بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة ﷺ يرفعه إلىٰ النبي ﷺ.
قال الزيلعي: قال ابن القطان في كتابه: وسليمان بن أبي داود اليمامي المعروف بأبي الجمل ضعيف، وعامة ما يرويه بهذا الإسناد لا يتابع عليه.
وقال العظيم آبادي في: الحديث فيه سليمان بن داود واليمامي، قال ابن معين: ليس بشيء، وقال البخاري: منكر الحديث، وقال ابن حبان متروك ورواه ابن عدي من حديث أبي هريرة وضعفه. ينظر: نصب الراية، ٤١٣/٤، والتعليق المغني، ٤٢٠/١.

(٢) أخرجه أبو داود ٨٢٣/٢، ٨٢٤ (٢٤٥٤) كتاب الصوم: باب ما جاء لا صيام لمن لم يعزم من الليل، بلفظ: «من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له»، والنسائي، ١٩٦/٤، ١٩٧ (١٧٠٠) كتاب الصيام: باب ما جاء في فرض الصوم من الليل، والخيار في الصوم، والترمذي في سننه ٩٩/٣ (٧٣٠)، باب ما جاء: لا صيام لمن لم يعزم من الليل، بلفظ «من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له»، والدارقطني ١٢٨/٣ (٢٢١٣)، كتاب الصيام: باب تبييت النية من الليل، والبيهقي، ٣٤٠/٤ (٧٩٠٩)، كتاب الصيام: باب الدخول في الصوم بالنية، من طريق عبد الله بن عمر عبد الله بن عمر عن حفصة أن النبي ﷺ قال: من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له»... اللفظ للنسائي ولفظ أبي داود والترمذي: «من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له». =

التأويلات المُحتَمِلةِ، فكذلك نَحمِلُ علىٰ نَفْي الثَّباتِ والإحكام؛ أي: لا نِكاحَ/ مُحْكَمًا ثابتًا مَوثوقًا به مَصونًا عن التعطُّلِ بالجحود إلَّا بشاهِدَيْ [٢٣٣/ب] عَدْلٍ، وهو كقولِكم: لا صلاةَ كاملًا فاضلًا لجارِ المسجد إلَّا في المسجد، وكقولِنا: لا صيامَ فاضِلًا إلا بتبيُّتِ النية، وكقوله: لا سيفَ إلا ذو الفقارِ، ولا فتىٰ إلا عليٌّ[1]، وأراد نفيَ الكمال، فكذلك ها هنا أراد نفي الإحكام، معناه: لا نكاح محكمًا إلا بشاهِدَيْ عَدْلٍ.

۞ قلنا: صيغةُ النَّفْي صريحٌ في إعدامِ المنفَيِّ مِن أصلِه، لا يُتْرَكُ إلَّا بقرينةٍ قاطعةٍ حِسيَّةٍ، ولذلك حَمَلْنا قولَه: لا صلاةَ لجارِ المسجد علىٰ ما إذا اقتدىٰ بإمام المسجدِ وهو في داره، فيتَّجِهُ حَمْلُه علىٰ نفي الصِّحَّةِ، وأبطَلْنا التأويلَ في مسألة تبييت النية، وقوله: لا فتىٰ إلا عليٌّ، حسُنَ إطلاقُه اعتمادًا علىٰ الحِسِّ؛ فإنَّها قرينة قَطْعية في تغيير موجب اللفظ، وأما النكاح فعقدٌ

= وقال الترمذي: لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه، وقد روي عن نافع عن ابن عمر قولَه، وهو أصح.

(١) ذكر المصنف هذا المروي في مسائل الصوم سابقاً، واعتبره حديثاً مرفوعاً. والحق أنه ليس مرفوعاً، بل أومأ بعض أهل الحديث إلىٰ أنَّهٗ من مفتريات الشيعة. يقول أبو الحسن الهروي عنه: «لا أصل له مما يعتمد عليه. نعم يُروىٰ في أثرٍ واهٍ عن الحسن بن عرفة العبدي، من حديث أبي جعفر، محمد بن علي الباقر، قال: «نادىٰ ملكٌ من السماء يوم بدرٍ، يقال له: رضوان: «لا سيف إلا ذو الفقار، لا فتىٰ إلا علي»، وذكره كذا في الرياض النضرة، أقول: ـ والقول لأبي الحسن ـ ومما يدل علىٰ بطلانه: أنه لو نُودي بهذا من السماء في بدرٍ لسمعه الصحابة الكرام، ونَقَلَ عنهم الأئمة الفِخَام، وهذا شبيه ما يُنقل من ضرب النُّقَّارة حوالي بدر، وينسبونه إلىٰ الملائكة علىٰ وجه الاستمرار من زمنه ـ ﷺ ـ إلىٰ يومنا هذا، وهو باطل عقلًا ونقلًا». الأسرار المرفوعة في الأخبار الموضوعة، ٣٨٥، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ٢٥٩٣/٦. والله أعلم.

شرعي قابلٌ للنفي، فهو كقوله: لا صلاةَ إلا بطهورٍ؛ بل هو أظهر منه؛ إذ لو أُريدَ به ما ذكروه، لَبَطَل فائدةُ تخصيص النكاح وذِكر الولي، فعلىٰ التأويل الذي ذكروه: لا سَلْمَ ولا بَيعَ ولا رَهْنَ ولا عِتقَ ولا طلاقَ ولا كتابةَ ولا تصرُّفَ في عالَمِ الله إلا بشاهِدَيْ عدلٍ، وتوقُّع الإنكار في الكل جارٍ، وتخصيص النكاح من الحديث مفهوم علىٰ القطع.

❊ **فإن قيل**: أنتم مضطرون إلىٰ تخصيص حديثنا، ونحن مضطرون إلىٰ تأويل حديثكم، ورواية كلِّ فريق قرينةٌ لتقرير خياله، فَبِمَ صار جانِبُكم أَوْلىٰ من جانبنا؟! والقياسُ معنا كما سنذكره.

❁ قلنا: لا نُسَلِّمُ لكم دعوىٰ القياس، ثم جانِبُنا أَوْلىٰ؛ إذ حمْلُ إطلاقِ الشهود علىٰ مَن عُرِفَ في الشرع ارتضاءُ شهادته ـ وهو العدل ـ تنزيلٌ للَّفْظِ علىٰ ما يستبعد خلافُه، ونَفْيُ النكاح علىٰ ما ذكرتموه باطلٌ؛ من حيثُ الشرعُ واللغةُ والعُرف، فكيف يقاوِمُ ذلك مَسْلَكَنا؛ علىٰ أنَّ استمدادَهم إن كان من القياس فلا مجالَ للقياس في شرائط العقود نفيًا وإثباتًا؛ بل تُتَلَقَّىٰ من التوقيف، وإن استمَدُّوا مِن قوله: «وشهودٍ»؛ فقد لا نُسَلِّمُ كَوْنَ الفاسِقِ شاهدًا، فإن أرادوا نَصْبَ دَلالةٍ عليها تكلَّمْنا عليه وقلنا: أهليَّةُ الشهادة تُتَلَقَّىٰ من الحرية والتكليف والإسلام والعدالة، وعندكم لا يُتلقَّىٰ من العدالة والإسلام، والعدالة أخصُّ بالشهادة وأَحْرىٰ بالاعتبار، فإليها استناد الثقة وحصولُ ثَلَجِ الصدر، وتنفيذ القول علىٰ الغير بطريق التصديق مَكْرُمةٌ ونِعمةٌ، فَرَبْطُ استحقاقها بخصلة تُبنىٰ عن رتبة وتناسب المكرمة غير بعيدٍ، بل ربطها بها أَوْلىٰ من ربطها بالحرية، وإلىٰ رعايتها تشوُّفُ القُضاة، وفيها

احتياط السلف، ولأجلها رُتِّبَ المزكُّون؛ فإنه العِصام الأعظم للشهادة، فكيف لا يُجعل شرطًا في أهلية الشهادة؟! ويتأيَّدُ هذا المعقولُ بدَلالتين؛ إحداهما: أنهم سلَّموا أنه يجوزُ للقاضي الامتناعُ عن القبول وإنْ غَلَبَ علىٰ ظنِّه الصِّدقُ بالقرائن، ويجِبُ عليه قَبولُ شهادةِ العدل وإن لم يغلِبْ علىٰ الظنِّ الصدْقُ، وقبولُ الشهادة قيامٌ بأمانة الله في إحياء حقوق عباده، فإذا جاز ردُّه فليجِبْ ردُّه؛ كما أنه في جانب العدل إذا جاز قبولُه وجب قبوله.

والدلالة الثانية: الاتفاق/ علىٰ شهادتهم في العقوبات بكلِّ حالٍ، وأَمْرُ [٢٣٤/أ] الثقة لا يختلِفُ بالعقوبات وغيرها، فالأهلية لا تتفاوت بالوقائع، فالعبد لمَّا لم يكن أهلًا في العقوبات، لم يكن أهلًا في غيره، والمختلف باختلاف الوقائع نِصابُ الشهادة وأعداد الشهود دون صفات الأهلية.

❊ **فإن قيل**: ما ذَكَرْتُموه مِنَ المعقول والدَّلالةِ يُقابِلُه معقولٌ ودَلالةٌ؛ أما المعقول: هو أن الشهادةَ وِلايةٌ، والآدَمِيُّ بأصلِ الفِطرة يستحِقُّ الولايات بكمال خِلقته، ولكن في الصبي حُوِّلت الولاية بطريق النقل إلىٰ المتكفِّلِ، فسقطت عِبْرتُه في نفس الصبي في مدة النقل إلىٰ أن يعود، والرِّقُّ عارَضَ الوصفَ الأصليَّ، فجعل النفْسَ مملوكةً مُوَلَّيًا عليها، فسَلَب كلَّ ولاية، فإذا انتفىٰ المانعان فالأصل للآدمي الحر البالغ الولايةُ وأهليتُها، والدليل عليه ولايتُه علىٰ نفسه، فإنها تستحِقُّ الحرية والتكليف فقط، وأما الدلالة فهو أن الفاسق إذ أشهد ثم أعاد بعد العدالة رُدَّ؛ بخلاف العبد والصبي والكافر إذا أعادوا بعد زوال الموانع، ولا سبَبَ له إلَّا أن له شهادةً اتَّصل القضاءُ بردِّها، والخبر الواحد إذا حُكِم بكذبه استحال أن يكون هو صِدْقًا بعينِه في

حالة أخرىٰ، فيكون القَبولُ نقضًا للقضاء الأول، وأمَّا العبدُ فلم تُرَدَّ شهادتُه؛ إذ لا شهادة له، والقبول والرد يَعْتَوِرانِ علىٰ شهادةٍ، فالشهادة تنقسم إلىٰ مقبول وإلىٰ مردودٍ، قال تعالىٰ في المحدود: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾[1]، أثبت لهم شهادةً، وأمرنا بأن لا نقبَلَها، وقال في الفاسق: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتثبتوا﴾[2]، والعَبدُ والصبيُّ لا تثبُّتَ في شهادتهما، وإنما التثبت توقُّفٌ بين القبول والرد في شهادة.

﴿ قلنا: أما المعقول ففاسد؛ فإن الآدمي بأصْلِ الفِطرة إن استحق الولاية فإنما يستحِقُّه علىٰ نفسه، أما أن يستحِقَّ علىٰ غيره فلا؛ بل استحقَّ المشهود عليه بفطرته ألَّا يُقبلَ عليه قولُ غيره، ولا يُجعلَ تحتَ ولاية مِثْلِه، فمؤاخذة الرجل بقول غيره من غير استناد إلىٰ علم لا يقتضيه عقلٌ من أصل الفطرة، ولكنها أُثبتت ضرورةً لإحياء الحقوق، فإنها بِعَرَضِ الضياع، ولا ضرورة في قبول قول الفساق، بل مِن شرطِ إحياء الحقوق أن تُرَدَّ شهادتُهم؛ فإنَّ مَن لا يُبالي بدينه كيف يُبالي بتضييع حقٍّ غيره بالاختراع عليه، ولهذا نبَّه الربُّ تعالىٰ علىٰ التثبُّتِ في خبره، ومعناه: التوقُّفُ عن اتِّباعه؛ خيفةَ أن

---

(١) سورة النور، جزء من الآية (٤).

(٢) سورة الحجرات، جزء من الآية (٦)، وهذا هو المثبت في الأصل، قال ابن جرير الطبري في تفسيره: (جامع البيان، ٢١/٣٤٨) عن هذه القراءة: «فقرأ ذلك عامة قراء أهل المدينة: (فتثبتوا) بالثاء، وذُكِرَ أنها في مصحف عبدالله منقوطة بالثاء، وقرأ ذلك بعض القراء: (فتبينوا) بالباء، بمعنىٰ: أمهلوا حتىٰ تعرفوا صحته، لا تعجلوا بقبوله، وكذلك معنىٰ: فتثبتوا، والصواب من القول في ذلك: أنهما قراءتان معروفتان متقاربتا المعنىٰ، فبأيتهما قرأ القارئ فمصيب». والله أعلم. وينظر: المحرر الوجيز؛ لابن عطية، ٥/١٤٧، جامع أحكام القرآن؛ للقرطبي، ١٦/٣١٢.

يُصيبَ قومًا بجهالةٍ، فإن البِناءَ علىٰ قولِه اتباعٌ للجهلِ، فالمراد بالتثبُّتِ التوقف عن القبول والامتناع عنه؛ إلا أن يتبيَّنَ بعدَ التثبُّتِ بجِهَةٍ أخرىٰ يوثَقُ بها، وأمَّا الدَّلالةُ فحاصِلُها راجعٌ إلىٰ أن الفاسق رُدَّتْ شهادتُه في طَوْرَيهِ، فهو أَنْفىٰ لأهلية الشهادةِ مِنَ الردِّ في حقِّ العَبْدِ في أحدِ/ الطورينِ، وسببُه عندنا [٢٣٤/ب] أنَّ العَدْلَ وإن كان أهلًا فقد تُرَدُّ شهادته للتهمة، فترد شهادة الرجل لولده ووالده، وعلىٰ زِنَا زوجته، وعلىٰ خَصْمه وعدوِّه، والضبط أن كل واقعة تتحرك الطبيعة فيها وتوجب تشوُّفًا إلىٰ الشهادة علىٰ وجه لا يقاومه زَجْرُ العدالة غالبًا، فتسقط الثقةُ معه بالعدالة، فلا يورث غلبةَ الظن، ومن يَعْتَرَّ برَدِّ قولِه بطريق الاتهام والنسبة إلىٰ رذيلة الإِفْكِ ومَعَرَّةِ الكذب، انبَعَثَتْ مِن باطنِه داعيةٌ لتمشية كلامه؛ لما فيه من تصديقِه، والردِّ علىٰ مَن اتَّهمه، ويصير ثبوتَ صِدْقِه وبراءتِه عن رَذيلة الكَذِبِ مِن حُظوظِه التي يكاوِحُ عليها[1]، ويتشمَّرُ عن ساق الجِدِّ فيها، وقد لا يُبالي الرجلُ ببَذْلِ الأموال ليَتَوَصَّلَ به إلىٰ إثبات صِدْقِ نفسِه، ويتشفَّىٰ بتَبْكِيتِ مَن كذَّبه وإحالةِ المَلامِ عليه، ومَن راجع نفسَه شهِدَ لما ذَكَرناه باطنُه، وكلُّ شاهدٍ أو محتسِبٍ رُدَّت شهادتُه صار خَصمًا في الواقعة، وزاد تشوُّفُه في إثبات الواقعة علىٰ تشوُّفِ صاحبِ الواقعةِ، وعن هذا قال الأصحابُ: المُعلِنُ بالفسق الذي لا يبالي بالردِّ تُقبَلُ شهادتُه المعادة علىٰ الرأي الأظهر، ويكون ظهور الفسق وقِلَّة المبالاة بها كظهور الرقِّ والصِّبَا والكُفر، وإنما ذلك فيمن يستَسِرُّ بالفسق، ومنهم من عوَّل علىٰ الرد بعلة التهمة حتىٰ طرَدوا ذلك فيمن شهِدَ لمُكاتَبِه فرُدَّ، فعتَق مكاتبُه فأعاد، فقالوا علىٰ هذه الطريقة: لا تُقْبَلُ؛ لأن سببه التهمة، والإنسان

(١) يكاوح عليها: أي: يقاتل من أجل الظفر بها. ينظر: تاج العروس، ٢٦/١٠٨.

يَتَعَيَّرُ إذا رُدَّتْ شهادته بالتهمة، ويندفِعُ عارُه بإثبات الصدق، وأما الصبيُّ والرقيق فليس تُرَدُّ شهادتُهما للتهمة، وإنما ذلك لنقصانٍ فيهما لا يزول ذلك بالقبول بعدَ زوال النقصان، فهذا هو السبب لا ما ذكروه مِن أن القَضاءَ اتَّصل بتكذيبه، فلا يُغيَّرُ بالتصديق، فإنَّ القاضي كيف يحكُمُ بكذبِ الفاسق وهو لا يدري؟! وسيقبَلُ في تلك الواقعة بعينها شهادةَ العدول الذين رافقوه في الشهادة، والمُخْبَرُ إذا اتَّحد كان الخبرُ عنه صِدقًا أو كذبًا، لا يختَلِفُ بالمخبرين وإن كان لا يُكَذِّبُه خَبَرَه المتعلِّقَ بالواقعة؛ بل يكذبه من حيثُ أنه زعم أنه اطَّلع عليه، فكذَّبه في دعوىٰ المعرفة، فهذا مع إمكان الصدق لم يُكَذَّبْ مِن غير ضرورةٍ، كيف وإذا أعاد بعد العدالة تصوَّر أن يكونُ عن معرفة متجددةٍ فليقبل؟! فدلَّ أن العلة ما ذكرناه، ولقد بان به أن الفاسق ليس شاهدًا، وأن العدالة شرط الأهلية.

❊ **فإن قيل:** إذا بانَ للقاضي فِسْقُ الشُّهودِ بعد القضاء، لم يُنْقَضْ قضاؤه، ولو بان الرقُّ والصِّبَا نُقِضَ.

❁ **قلنا:** فيه قولان؛ والأصح أن يُنْقَضَ، ولا يتَّجِهُ خِلافُه[1].

❊ **فإن قيل:** متعلقُكم الحديثُ، وقد خالفتموه؛ إذ قلتم: ينعقِدُ بشهادة مستورينَ، وقد قال:

«وشاهِدَيْ عَدْلٍ».

❁ **قلنا:** لا ينعقِدُ علىٰ قولٍ، ولو عقد فبان فِسْقُهما مِن بعدِ تبيُّنِ بُطلانِ

(١) ينظر: نهاية المطلب، ١٩/٥٨، البيان، ١٣/٤١٠.

النكاح؛ فهذا قول منقول عن الشافعي[1].

❊ **فإن قيل**: إذا عقد الزوج بشهادة/ مجهولين لا يدري عدالتَهما حلَّ له [٢٣٥/أ] أن يطأَها، وإن أمكن فِسْقُهما وعدمُ الانعقادِ بِسَبَبِه.

❁ **قلنا**: علىٰ قولٍ: نقولُ: لا يحِلُّ، ولا بُدَّ مِن إحضار عَدْلين، ولا نترك هذا القول ما لم نُسائلْهم عن مجهولٍ لا يُدرىٰ حُريته، فإن سلَّموا ذلك سلَّمنا، وإن منعوا مَنَعْنا، وسيكون من عُذْرِهم إن سلموا أنَّ الاحتِرازَ في العقد ـ وقد أُمِرْنا بتكثيره، وتمَسُّ الحاجةُ إليه في القرىٰ والأسفار ـ عن الاحتمالات غيرُ مُمكنٍ، فيُبنىٰ علىٰ الظاهر، والظاهر الحريةُ، فربما نعتذِرُ بمثله، ونقوله، الظاهر أن المسلمين عُدولٌ بعضُهم علىٰ بعضٍ، والحاجة ماسَّةٌ إلىٰ تكثير الأنكحة، وتقييدُ صحة العقد بِمَن حَكَم المُعَدِّلون بعدالته نوعُ تضييقٍ، وهذا مع هذا التكلُّف إن سُلِّمَ يكادُ يُشَوِّشُ التمسك بالمعنىٰ والحديث جميعًا؛ فإنه لا يحل للقاضي عندنا أن يحكُمَ بشهادة المستورِ؛ بل يجب عليه الاستزكاءُ لحق الله تعالىٰ؛ طلبه المشهودُ عليه أو لم يطلُبْه، وأبو حنيفة هو الذي لا يوجِبُ الاستزكاءَ إلا عند طلب الخصم، ولكنَّا نقول: ذلك متيسِّرٌ علىٰ القاضي، ولم يترصَّدْ إلا لهذا الشُّغْلِ، واشتِراطُ ذلك في ابتداء الأنكِحةِ حَرَجٌ وتضييقٌ، وقد تُعبدنا بالشهود، وهذا يُسَمَّىٰ شاهِدًا، وقد ذكرنا أنَّ الفاسِقَ ليس بشاهدٍ، ودليلُ الفَرْقِ أنَّ الوكيل بالبيع بشرطِ الإشهادِ ممتثِلٌ بإشهاد مستورَينِ، وليس ممتثِلًا بإشهاد فاسقَينِ، وهذا إذا سُلِّم فهو واقع، وهو مُسَلَّمٌ، وإن تعلقنا بقوله: وشاهِدَيْ عَدْلٍ؛ فنقول:

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٩/٦٥، نهاية المطلب، ١٢/٩٢، الوسيط ٥/٥٦.

العَدْلُ يقابله الفاسق، والمستورُ لا يُدرىٰ أنَّه عَدْلٌ أو فاسق، فاقتضىٰ[1] حاجةُ العَقْدِ إلحاقَه بالعدل، وترجيحَ هذا الجانب علىٰ إلحاقه بالفاسق، ويتأيد الترجيحُ بظاهر الحال، وهو جارٍ فيمن عرَفه مِن أهل بلده ولم يعرِفْ فسقه؛ إذ لو كان لَعَرَفَ؛ أما المجهول الغريب فيتعيَّن المنعُ فيه مذهبًا وجِدالًا؛ كمجهول الحرية والرق؛ إلا أن يُسَلِّموا مجهول الرق والحرية، فيمكن تسليمُه ويُقالُ: الاعتماد في حل العقد علىٰ قول العاقد جائزٌ؛ فهو علىٰ قول الشاهد أَجْوَزُ، فإذا قال: أنا حُرٌّ عَدْلٌ؛ كفىٰ، كما إذا قالت المرأة: لستُ في زوجيَّةٍ ولا عِدْةٍ، وإن لم يقُلِ الشاهد ذلك فحاله قائل به ومعرِب عنه، ومَن تقدَّم إلىٰ قَصَّابٍ مجهول فلا يلزمه أن يقولَ: أنت مجوسيٌّ أو مُسلِمٌ؛ بل يحل له الشِّرَاء دونَه، فمعرفة شرائط العقود بُنِيَ علىٰ التساهُلِ، فهذا طريق الكلام، وإنما أطْنَبْنا فيه؛ لأن ظاهِرَ المذهب أنه يجوزُ للزوج الاعتمادُ في الوطء علىٰ شهادة مستورَيْنِ، فبان أنَّ صحة العقد موقوفٌ علىٰ عدالة الشاهد؛ كما أن صِحَّةَ شِراء اللحم موقوفٌ علىٰ عَدَمِ تَمَجُّسِ[2] الذابح، وعلىٰ عدم العِدَّةِ والزوجية في حق المرأة، ثم يُكتفىٰ في اعتقاد ذلك بالمقال في الحال في حق صحة العقد، وكذلك في ملك البايِعِ، وإن كان لا يُعتمد مثله في مجالس القضاة، وهذا فقه واضح بيِّنٌ، وإنما أطنَبْنا في ذلك؛ لأن اعتماد المسألة علىٰ الحديث، وهذا يكاد يخدِشُ وجهَ التمسُّكِ به/. [٢٣٥/ب]

---

(١) كذا في الأصل بتذكير الفعل مع أن الفاعل مؤنثٌ، وجوز ذلك كون الفاعل مجازي التأنيث، وتقدم التعليق علىٰ هذه المسألة.

(٢) والمقصود بالكلمة كونه مجوسي الديانة.

❁ **مَسْأَلَة: لا ينعقِدُ النكاح بشهادةِ رجلٍ وامرأتينِ**[1]؛ خِلافًا له[2]، والمعتمد أن تقدير العدد في الشهادة من قبيل النُّصُبِ المقدَّرة التي يُعتمد فيها التوقيفُ، وقد قال اللهُ تعالىٰ في الزنىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[3]، قيَّد بأربعةٍ، وقال في آية المداينات: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾[4]، فصرَّح بالإبدال، وقال في الرَّجعةِ: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[5]، وقال ﷺ في النِّكاحِ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[6]، وقال: «**لا نِكَاحَ إلَّا بوليٍّ وشُهودٍ**»[7]، فالمنصوصات أَوْلىٰ في تقدير النصاب؛ تُبَقَّىٰ علىٰ وجوهها، وما ليس منصوصًا يُلحق بالمنصوص بطريق التقريب، فقد ذكر في النكاح والرجعة رجلَينِ، وفي الزنىٰ أربعةً، وفي المداينة رجلَينِ، ورجلًا وامرأتين، فلو جاز تغييرُ النص في

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي، ٣١/٥، والاختيار لتعليل المختار، ٨٣/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٩٨/٢، والبناية شرح الهداية، ١٤/٥، وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل. انظر: الهداية، ص٣٨٧،

(٢) ينظر: الحاوي الكبير، ٨٧/١٧، والوسيط، ٥٣/٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١٣٦/١١، وهو قولك مالك، قال في المدونة: «لا تجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في القصاص ولا في الطلاق ولا في النكاح»، وهو المعتمد في مذهب المالكية، والحنابلة أيضا. انظر: المدونة، ١٦٥/٣، وعقد الجواهر الثمينة، ١٠٤٣/٣، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل، ١٨٠/٦، والهداية، ص٣٨٧، والفروع، ٣٦٩/١١، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٠٢/٨.

(٣) سورة النور، جزء من الآية (٤).

(٤) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٨٢).

(٥) سورة الطلاق، جزء من الآية (٢).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

النكاح والرجعة مصيرًا إلىٰ أن «امرأتين» في معنىٰ رجلٍ واحدٍ بتعديل الشَّرع، لجاز الاكتفاء بأربع نسوة في المداينات، وبثمانيةٍ في الزنا، أو برجلين وأربع نسوة، ولجاز في العقوبات التي ليست منصوصًا عليها برجلٍ وامرأتين، ولكن أَلْحقَ العقوباتُ بالزنىٰ، وقُرِّرَ نصُّ الزنا، فليُقَرَّرْ نص النكاح والرجعة، وليُلْحَقْ به العِتق والطلاق والعفوُ عن الدم والولايةُ والوكالةُ والجرح والتعديل والترجمة في مجلس القضاء، وكلُّ ما ليس بمال، ولا يؤول إلىٰ مال؛ إذِ الفَصْلُ بينَ الرَّجْعة والنِّكاح والزِّنىٰ والعقوبات وبينَ المُداينَاتِ إذا حاوَلْنا ضَبْطَه لم ينتظِمْ إلا بالمالية، وفيه مناسبة، وهو أنَّ الأموالَ تُستبدَلُ بالبَدَلِ والإباحةِ، ويكثُرُ التصرفُ فيها، وتمَسُّ الحاجة إليه[1] كثيرًا، فلا يَلِيقُ بها تضييقُ طريقِ الإثبات.

ومِنهاجُ الشافعي أن يُجعَلَ النكاحُ والرَّجعة مع الزِّنىٰ والعقوبات أصلًا في اقتباس حُكمِها مِن النصوص، ويجعل المداينة أصلًا في معارضتِه، ويتصرَّفُ في المسائل المترددة بالإلحاق تقريبًا بطلب فاصل بين الأصلين، ولا يستقيم فاصِلٌ سوىٰ أن المداينات مالٌ والنكاح والرجعة وأسباب العقوبات لا يؤولُ إلىٰ المالِ، ولا يُستثنىٰ عن هذا إلا عيوبُ النساء وما لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ غالبًا، فإنه اكتُفِيَ فيه بمَحْضِ النساء علىٰ خلاف سائر الأصول لمسيس الحاجة[2].

---

(١) كذا في الأصل.

(٢) وتقرير ذلك وتقعيده: أن الشهادات في العدد علىٰ ثلاث مراتب:
المرتبة الأولىٰ: بينة الزنىٰ، ويشترط فيها العدد والذُّكورة، وهي أعلىٰ البينات، وعددها أربعة، فلا يثبت إلا بأربعة رجال يشهدون أنه أدخل فرجه في فرجها كالمِرْوَدِ في المكحلة، وقد أتوا مجتمعين غير مفترقين. =

* فإن قيل: لو سلَّمْنا لكم أنه عارَضَ آيَةَ المُدايَنات نصوصٌ في مَنْعِ شهادةِ النساء في النكاح والرَّجعة والعقوبات، لمَا استقام الضبْطُ إلا بالمالية، ولكنَّ آيَةَ المداينات صريحةٌ في تجويز شهادةِ النساء، والنصوصُ فيما ذَكَرْتُموه ليست مُصَرِّحةً بمنْعِ النساء حتىٰ تَصيرَ أَصْلًا في مُعارضته؛ بل هي ساكِتةٌ عن التعرُّضِ للنساء، فيبقىٰ حُكْمُها علىٰ ما كان قبل النصِّ، فليس في قوله: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[1] مَنْعٌ عن شهادة النساء؛ بل هو أمر بذَوَيْ عَدْلٍ، ونحن نُسلِّم أنَّ من أتىٰ برجل وامرأتين، فليس ممتثلًا لموجَبِ هذا الأمر، وليس مخالفًا أيضًا؛ إذ ليس في النص تعرُّضٌ له بِنَفْيٍ ولا إثباتٍ، وإنما يكون ممتثلًا للأمر المطلَقِ الوارد في آية المداينات، فلا يبعُدُ أن يكونَ كلُّ واحد/ منهما مأمورًا بنصَّينِ متفرقين؛ كما لم يَبْعُدُ كَوْنُ كلِّ واحد [٢٣٦/أ] منهما مأمورًا بنصَّينِ متواليين في المداينات، أما العقوبات فلا يُمنع فيها

= المرتبة الثانية: ما عدا الزنىٰ مما ليس بمال ولا يؤول إلىٰ مال؛ كالنكاح والرجعة والطلاق والعتق والإسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص، وثبوته في النفس وفي الأطراف علىٰ خلاف فيها، وثبوت النسب والموت والكتابة والتدبير وشبه ذلك، وكذلك الوكالة والوصية، فهذه كلها أيضًايُشترطُ فيها الوصفان، فإنما تثبت بشهادة رجلين، ولا تثبت برجل وامرأتين.

أما ما لا يظهر للرجل كالولادة وعيوب النساء والرضاع، فإنه إنما يشترط فيه العدد فحسب، ويقوم النساءُ فيه مقام الرجال، فيثبت بامرأتين، وكذلك الاستهلال والحيض.

المرتبة الثالثة: الأموال وحقوقها، كالأجَلِ والخيار والشُّفعة والإجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب إلا المال، فلا يشترط فيها أيضًاإلا العدد، فيثبت برجل وامرأتين. وكذا فسخ العقود، وقبض نجوم الكتابة، حتىٰ النجم الأخير، وإن ترتب العتق عليه. انظر: عقد الجواهر الثمينة، ١٤٠٣/٣

(١) سورة الطلاق، جزء من الآية (٢).

شهادةُ النساء بالنصِّ لما سبق، ولكِنْ لأنها تسقُطُ بالشبهة، وفي شهادة النساء شُبهة القُصور عن الحفظ حتىٰ عُدِّلَتِ امرأتان برجلٍ، ونَبَّه علىٰ العِلَّة، وقال: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾[1]، وهذا تعديلٌ شَرْعِيٌّ قد لا يُقاوِمُ الحقيقة في كلِّ صورةٍ، فرُبَّ امرأةٍ هي مِثْلُ رجل في قوة الحِفظ، ورُبَّ ثلاثِ نِسوةٍ لا يُقاوِمْنَ رجلًا، فالشرع لم ينظُرْ إلىٰ الاحتمالات، وقدَّرَ بامرأتين بناءً علىٰ ما رآه غالبًا، وشبهةُ التفاوتِ وإمكانُه قائمٌ في كل صورة، ولكِنَّ العقوبة تندفِعُ بشُبهةٍ، وغير العقوبات من الأنكحة والطلاق والعِتاق والوكالة والوصاية وجميع ما فيه الخلاف لا يسقُطُ بالشبهة، وعن هذا يثبُتُ جميعًا بالشهادة علىٰ الشهادة وكتاب القاضي إلىٰ القاضي، ولا يمتنع استيفاؤها وترقيتها إذا رجع الشهود بعد القضاء وقبل التسليم، وفي العقوبات يمتنِعُ التوفيةُ برجوع الشهود بعد القضاء وقبل التوفية؛ فقد دَلَّتْ آيةُ المُداينات علىٰ قبول شهادة النساء في كل قضية حتىٰ العقوباتِ، ولكن استُثْنِيَتِ العقوباتُ عن دلالتها لأجل الشُّبهة، وأما النصوص الأُخَرُ فلم تدُلَّ في حق النساء لا علىٰ نَفْيٍ ولا علىٰ إثباتٍ؛ بل هي ساكتة عنه[2].

۞ قلنا: لا؛ بل هذه النصوص نافية لشهادة النساء؛ فقوله: «**لا نِكَاحَ إلَّا بشاهِدَيْ عدلٍ**»[3] صريحٌ في نفي الصحة عند عَدَمِ الشاهدين، وقد عُدِمَا

---

(١) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٨٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي، ٣٢/٥، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٩٩/٢.

(٣) هكذا ذكره المصنف، ولم أقف عليه بهذا اللفظ المختصر، واللفظ المشهور الذي أخرجه بعض أصحاب السنن وبه يستدل الفقهاء هو: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، فلعل المصنف اقتصر على موضع الشاهد اختصارًا، أو أنه سهو في ذكر اللفظ بتمامه، والأول=

في مَحَلِّ النزاع، وقوله: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[1] صريحٌ في أن مَن أتىٰ بثلاث شُهداء أو بثمانِ نِسوة أو برجلين وأربع نسوة، فلم يَأْتِ بأربع[2] شهداء، فيتعرَّضُ للحَدِّ، وقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا۟﴾[3] صريحٌ في إيجابِ الإشهادِ عندَ الرَّجْعةِ، فمَن راجَعَ مِن غَيرِ إشهادٍ كان مخالفًا؛ علىٰ مَعْنىٰ أنه عَصىٰ بتَرْكِ الامتثالِ، فإذا أَحْضَر رجلًا وامرأتين لم يَصِرْ ممتثلًا، فَبَقِيَ تاركًا للأمر،

= أقرب. وهذا اللفظ رُوي مرفوعًا من طرق متعددة، فروته عائشة، وعمران بن حصين، وجابر، وابن عمر، وابن عباس، والحسن - ﷺ -. أخرجه: عبدالرزاق في المصنف (١٠٤٧٣) باب النكاح بغير ولي، ١٩٥/٦، والروياني في مسنده (٨٣) ١٠٤/١، وابن حبان (٤٠٧٥) باب ذكر نفي إجازة عقد النكاح بغير ولي وشاهدي عدل، ٣٨٦/٩، والطبراني في المعجم الأوسط (٥٥٦٤) ٣٦٣/٥، والدراقطني في سننه (٣٥٢١) كتاب النكاح، ٣١٥/٤، والبيهقي في السنن الكبرى (١٣٧١٦) كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي مرشد، ٢٠١/٧. وهذا الحديث المروي ضعفه جماعة من المحدثين بكافة طرقه؛ كابن المنذر، والدارقطني، وابن حجر، واقتصر ابن حبان في تصحيحه لهذا الحديث على ما روته عائشة دون ما روي عن غير ها من الصحابة مرفوعًا، قال: «ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الحديث». وقال الإمام الشافعي - ﷺ - في (الأم): «وهذا وإن كان منقطعا فإن أكثر أهل العلم يقولون به، ويقول: الفرق بين النكاح والسفاح: الشهود». ينظر فيما سبق: تنقيح التحقيق، ٢٨٩/٤، وما بعدها، نصب الراية، ١٧٦/٣، وما بعدها، والتلخيص الحبير، ٣٤١/٣، وصحح اسناده المناوي في التيسير في شرح الجامع الصغير، ٥٠٢/٢، والزرقاني في شرح الموطأ، ٢١٩/٣، والألباني لشواهده (إرواء الغليل، ٢٤٠/٦) وما بعدها.

(١) سورة النور، جزء من الآية (٤).

(٢) كذا في الأصل، وصوابه بأربعة شهداء؛ للقاعدة النحوية المتقررة في مخالفة العدد للمعدود في الأعداد من الثلاثة إلىٰ التسعة، وهو الموافقة لنص آية النور رقم (٤).

(٣) سورة الطلاق، جزء من الآية (٢).

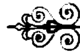
وهذا من حيث اللفظُ واضِحٌ، فإنِ ادَّعىٰ مُدَّعِي[1] أنَّ مَن أحضر رجلًا وامرأتين فقد أحضر شاهدين؛ لأنَّهما في مقابلة رجلٍ شَرْعًا.

۞ قلنا: هذا ليس موافقةً من حيث اللفظُ، وإنما يجعل موافقة بدليل مِن النص، والنصُّ لم يدُلَّ علىٰ أن «امرأتين» في معنىٰ رجل مطلقًا؛ إذ لم تُقبل أربعةٌ مِن النساء في المداينات، ولا قُبِلَ جِنسُ النساء في العقوبات، وليس ذلك إلا لعدم المساواة صورةً وحُكمًا في الحقيقة، وإنما قَنِعَ الشرعُ به في المداينات لكثرة الحاجات وكونِ الأموال بِذْلةً في التصرُّفات، وأمر البضع تميَّزَ بوجوب أصل الإشهاد عن المال، فكيف يكونُ في معناه في رُتبة الشهادة؟! هذا لو لم يَرِدْ نصٌّ في النكاح والرجعة، وقد ورد مقيَّدًا بشاهدَينِ، وورد في المداينات مُرددًا والبِيَاعاتُ تَجري في الأسواق، ويبعُدُ حضور النسوة عند جريانها، ومع ذلك تَعَرَّضُ له، ويغْلُبُ حضورُ النسوة في

---

(١) كذا في الأصل: «مدعي» بإثبات الياء، والجادَّة حذفها «مدع»؛ لأنه اسمٌ منقوصٌ منوَّنٌ مرفوعٌ فاعل ل «ادعىٰ»، لكنَّ إثبات هذه الياء لغة صحيحة حكاها أبو الخَطَّاب ويُونُس عَنِ الموثُوق بعربيَّتهم؛ ينطقون بالياء وقفًا ويحذفونها وصلًا، وتُرسم الكلمة في الحالين بالياء؛ لأنَّ مدار الكتابة علىٰ الوقف؛ فيقولون في الوقف: هذا رَامِي، ومررتُ بغازِي، وفي الوصل: هذا رامِي حاذقٌ، ومررتُ بغازِي شجاعٍ، ويجب أن يقرأ في حال الوصل: بتنوين ما قبل الياء، مع حذف الياء نطقًا، وإنْ كانت مكتوبةً، وعلىٰ هذه اللغة جاءت قراءةُ ابن كثير: ﴿وَلِكُلِّ قَوْمٍ هَادِي﴾ [الرعد: ٧]، ونحو ذلك. والراجح لغة جمهور العرب، بحذف هذه الياء في الاسم المنقوص المنون المرفوع والمجرور.

انظر: الكتاب لسيبويه، ٢/٢٨٨، واللباب للعكبري، ٢/٢٠٤، وشرح المفصل ٩/٧٥، وشرح الشافية ٢/٣٠١، وأوضح المسالك ٤/٣٠٩، وشرح قطر الندىٰ ص٣٥٤، وشرح الأشموني ٤/٣٥٦ ـ ٣٥٨.




الإملاكات والرجعة، وسُكِتَ عنه، وقيّد بشاهدين، فيُفهم من الترديد في بابٍ والجَزْمِ في بابٍ مع ظهور الحاجة إلىٰ الترديد، وما نبهنا عليه مِن وجوه الاحتياط للأبضاع فَصْلٌ بينَ البابَينِ علىٰ قَطْعٍ، وهذا قريبٌ من كلام الشافعي في مسألة إبدال/ الزكاة؛ إذ قال: ردَّد الشاة والدرهم في الجُبران، [٢٣٦/ب] وجَزَم إيجابَ الشاة في خمس من الإبل مع مَسيسِ الحاجة إلىٰ الترديد، والبابُ بابُ العبادة والاحتياط، فكيف يُتَجاسَرُ علىٰ التسوية بين محَلِّ الجَزْمِ ومحلِّ الترديد؟! وأما حكم الزنىٰ فإحالته علىٰ النصِّ، وإحالة حكم القصاص علىٰ الإلحاق بالنكاح أَوْلىٰ من إحالته علىٰ الشُّبهة؛ إذ لا شبهة في شهادة النساء بعد تقرير الشرع التعديلَ لرجلٍ بامرأتين، ولمَّا قَبِلوا شهادة أهلِ الذمة في حق أهل الذمة ورَأَوْه كشهادةِ المسلمين، لم يُفَرِّقوا بين العقوبة وغيرِه، ولم يعتقدوا شبهةً بسبب الكفر؛ مع أن قبول الشهادة توقيرٌ يقتضي مَنْصِبًا مُوقَّرًا، ومع أن الردَّ تطرَّق إلىٰ شهادتِهم في حق المسلمين مع قبول شهادة المسلمين عليهم، كيف وقد قالوا: القصاصُ في الطَّرَفِ يثبُتُ بالنكولِ؟! وهو أضْعَفُ الحُجَجِ، فكيف لا يُقدَّرُ في النكول شبهةٌ، وهو محتمِلٌ للتوقف والتورُّعِ عن اليمين الصادق، وغير ذلك، وشهادةُ رَجلٍ وامرأتين أَقْوىٰ مِنه بكلِّ حالٍ، ولَسْنا نُسَلِّمُ فَرْقًا بين العقوبات والنكاح في قبول الشهادة علىٰ الشهادةِ، وكتاب القاضي إلىٰ القاضي، والرجوع عن الشهادة؛ بل نُجري الكلَّ علىٰ نَسَقٍ واحِدٍ نَفْيًا وإثباتًا، فثبت أنَّ اعتماد الشافعي في النكاحِ والرَّجْعة والزنىٰ علىٰ النُّصوصِ، وفي باقي المسائل علىٰ الإلحاقِ بالضَبْطِ الذي ذكرناه[1].

---

(١) وفيما ذكره المصنف رحمه الله جواب عن الوجهين الأبرز في استدلال الحنفية علىٰ جواز انعقاد=

❦ مَسْأَلَةٌ: اليتيمة لا يزوِّجُها عَصَباتُها قبل البلوغ[1] ؛ ....

= النكاح بشهادة رجل وامرأتين، وقد ذكروا بالإضافة إلىٰ الاستدلال بالآية وجوهًا أخرىٰ، كلها مجاب عنها، أو داخلة فيما ذكره المصنف، وهي ستة أوجه:

الأول: أن الطلاق والنكاح أمور لا تسقط بالشبهات، فتُقبل فيها النساء كالأموال، وجوابه الفرق بينهما بأن أحكام الأبدان أعظم رتبة؛ لأن الطلاق ونحوه لا يقبلن فيه منفردات، فلا يُقبلن فيه مطلقا كالقصاص، ولأنَّا وجدنا النكاح آكد من الأموال لاشتراط الولاية فيه، ولم يدخله الأجل والخيار والهبة.

الثاني: أن النكاح والرجعة عقدُ مَنافِعَ، فتقبل فيهما النساء كالإجارات، وجوابه أن المقصود من الإجارة المالُ.

الثالث: أن الخيار والآجال ليست أموالًا، وتقبل فيهما النساء، فكذلك بقية صور النزاع، وجوابه أن المقصود منهما أيضًاالمال بدليل أن الأجل والخيار لا يثبتان إلا في موضع فيه المال.

الرابع: أن الطلاق رافع لعقد سابق فأشبه الإقالة، وجوابه أن مقصود الطلاق غير المال، ومقصود الإقالة المال علىٰ أن حل العقد لا يثبت بالنساء والنكول.

الخامس: أن الطلاق يتعلق به تحريم كالرضاع.

السادس: أن العتق إزالة ملك كالبيع، وجوابه أن الرضاع يثبت بالنساء منفردات؛ بخلاف الطلاق والعتق، وأيضًا مآل العتق إلىٰ غير ملك بخلاف البيع. انظر: تهذيب الفروق، ٤/١٥٧.

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٦/٩٩، وروضة الطالبين، ٧/٩٥، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص٣٦١، وهو المعتمد في مذهب المالكية، والحنابلة، إلا أنهم اختلفوا عند وقوعه في فسخه، فقيل: إن النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال وولدت الأولاد، ورضيت بزوجها، وقيل: يفسخ قبل الدخول وبعده، إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ، وقيل: إنه يفسخ بعد الدخول إلا أن يطول وتلد مع ذلك الأولاد، وقيل: إن الخيار لها إذا بلغت، فلا يفسخ إذا لم يعثر عليه حتىٰ بلغت فرضيت، أو دخل بها بعد البلوغ وهي عالمة أن لها الخيار، ويفسخ إذا عثر عليه قبل البلوغ، وكذلك إذا بلغت فأنكرت، وإن كان ذلك بعد الدخول، ما لم يطل الأمر بعده. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٢/٤١٧، وكفاية الطالب الرباني، ٢/٥٦، وحاشية العدوي علىٰ كفاية الطالب، ٢/٤٤،. انظر: كشاف القناع، ٥/٤٦.

خلافًا له[1]، **والمعتمَدُ** ما روي عن ابن عمر أنه قال: زوَّجَني قُدامةُ ابنُ مَظْعونٍ بنت أخيه، فأتىٰ المغيرةُ أمَّها فرغَّبَها في المال، فزَهِدَت فيَّ، فقال قُدامةُ لرسول الله ﷺ: أنا عَمُّها ووصيُّ أبيها، وقد زوَّجْتُها من عبد الله بن عمر. فردَّ رسولُ الله ﷺ نكاحَها، وقال: «**إنها يتيمةٌ، وإنَّها لا تنكح إلا بإذْنها**»[2]، والحديثُ نصٌّ صريح، وحقُّ المنصِفِ في مسائل النكاح إذا وجَد حديثًا ألَّا يعْدِلَ عنه إلىٰ التمسُّكِ بغيره، فالشافعيُّ بنىٰ معظمَ هذه المسائل علىٰ الأحاديث، والزيادةُ علىٰ صاحبِ المذهَبِ في نُصرة مذهبه فضولٌ؛ فليُعِدَّ الأقيسةَ لمقاومة كلام الخَصم في القياس؛ حتىٰ تبقىٰ الأحاديثُ مصونةً عن التأويل[3].

---

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٣٠/٥، والاختيار لتعليل المختار، ٩٤/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٢١/٢، والبناية شرح الهداية، ٩٠/٥.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٦١٣٦)، وابن ماجه (١٨٧٨)، والحاكم (٢٧٠٣)، والدارقطني (٣٥٤٧)، والبيهقي (١٣٦٥٦) من حديث عبد الله بن عمر، وقال الحاكم: صحيح علىٰ شرط الشيخين، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٣) وكلام المصنف ﷺ مَبْناه علىٰ أن الحنفية لم يكن لهم دليلٌ من المنقول، وكان مُعتمَدُهم علىٰ القياس فقط، والحقيقة أن اعتمادهم كان علىٰ النصِّ أيضا، وحُجتُهم قوله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٣] الآية، معناه: في نكاح اليتامىٰ، وإنما يتحقق هذا الكلام إذا كان يجوز نكاح اليتيمة، هذا من القرآن. وقد أخرج البخاري من حديث عروة بن الزبير أنه سأل عائشة عن قوله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾. قالت: يا ابن أختي، اليتيمة تكون في حجر وليها، فيرغب في مالها وجمالها، يريد أن ينتقص صداقها، فنهوا عن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن فيكملوا الصداق، وأُمِروا بنكاح من سواهن من النساء وفي رواية أخرىٰ أنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها، ولا يرغب في نكاحها لدمامتها، ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها، فأنزل الله تعالىٰ هذه الآية، فأمَرَ الأولياء بتزوج اليتامىٰ أو بتزويجهن من غيرهم، فذلك دليل علىٰ=

❊ فإن قيل: لعلَّها كانت بالغةً، فزوِّجَتْ بغير إذنِها وشهِد لبلوغها قولُه: «إنها لا تُنكَحُ إلَّا بإذنِها»، والصغيرةُ لا إذْنَ لها.

❁ قلنا: قال رسولُ الله ﷺ: «لا يُتْمَ بعدَ البلوغِ»[1]، والعُرف واللغةُ قاضٍ به؛ فالشيخ الهِمُّ[2] لا يُسَمَّىٰ يتيمًا، والصغيرُ يُسمَّىٰ يتيمًا، ولا مَرَدَّ للفَصْلِ بين طَرَفَيِ العُمُرِ لإطلاق اسم اليُتْمِ إلَّا الصِّغَرُ؛ كما قال ﷺ، ثُمَّ القاطِعُ لهذا أنه علَّل باليُتْمِ الافتقارَ إلىٰ الإذن، والبالِغةُ لا تُزَوَّجُ عندهم إلا بإذنها؛ يتيمةً كانت أو لم تكُنْ.

وقولُه: إلا بإذنها؛ معناه: إلا بعد البلوغ إذا أذِنَتْ، وهذا ظاهر عند انضمام قرينة اليتم والصِغَرِ إليه، والحَمْلُ علىٰ البالغة باطلٌ قطعًا لما تقدَّم،

= جواز تزويج اليتيمة، وهذا الحديث نص في المقصود، وتركها يوقع فيما فر منه المصنف من صون الأحاديث عن التأويل؛ لأن الولي فيها جاء علىٰ لسان أم المؤمنين عائشة ﵂ مطلقا، فيتناول كافة الأولياء، ولا سبيل إلىٰ القول بأن المراد الأب، لأنه لا يحل له أن يتزوجها، فتعين أنَّ المرادَ الأولياءُ دون الأب أو الجد. انظر: المبسوط للسرخسي، ٢١٤/٤.

(١) لم أجده بهذا اللفظ، ولفظه على الصواب من حديث علي بن أبي طالبٍ - ﵁ - مرفوعًا: «لا يتم بعد احتلام، ولا صمات يوم إلى الليل». أخرجه أبو داود (٢٨٧٣) كتاب الوصايا، باب متى ينقطع اليتم؟ ٤٩٦/٤، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٣٠٩) كتاب الحجر، باب البلوغ بالاحتلام، ٩٤/٦. وضعف اسناده ابن القطان والمنذري. وذكر عبدالحق الإشبيلي: أن المحفوظ هو وقفه على علي بن أبي طالب - ﵁ -، وقال ابن الملقن في (البدر المنير، ٣٢١/٧): «فهذا إسناد يقرب من الحسن لولا عبد الله بن خالد، وقال النووي في كتابه «رياض الصالحين»: إسناده حسن. وكأنه اعتمد في ذلك على سكوت أبي داود عليه، وأما ابن القطان فضعفه». ينظر: بيان الوهم والإيهام، ٣١/٢.

(٢) الشيخ الهم: أي: الشيخ الفاني البالي، ومنه قولهم: وما أنا بالهِمِّ الكبير ولا الطفل. ينظر تاج العروس، ١٢٠/٣٤.

والمعتمد أن ولاية الإجبار حيث تثبت إنما تثبُتُ ابتداءً بنص أو احتذاءٍ بمنصوصٍ بطريق الإلحاق، ولا نَصَّ في الأخِ ولا إجماعَ، وطريق إثباته الاحتذاءُ، والمجمَعُ عليه/ الأب والجَدُّ، وليس الأخ في معناهما، فإنَّ [٢٣٧/أ] الأصل إذا تصرَّف في فَرْعِه الذي كان سببًا في وجودِه، كان على التحقيق كالمتصرف في حقِّ نفسِه؛ فإن ولد الرجل مِن كَسْبِه، والجِبِلَّةُ داعيةٌ إلى تربية الكسب وتنميته وتهيئة أسباب المعيشة والبقاء له، ولذلك يُعتنى بجمع المال لأَجْلِه، وعلى الجملة الأصالةُ أثارت خصوصَ شفقة عُلِمَتْ ضرورةً في العادات، وورَد الشرعُ باعتبارها؛ بدليل ولاية المال ولزوم النكاح؛ فإنهما لا يثبتان للأخ لِمَا نبَّهْنا عليه، وإذا ظهرت هذه الخاصيَّةُ المعلومةُ عُرْفًا المعتبَرةُ شرعًا، المناسِبةُ لإثبات منصب الولاية والنظر والاحتكام عقلًا، فالهجوم على الإلحاق مع المفارقة في هذه الخاصية نوعُ خَسارةٍ لا يليق باحتياط الأنكحة(١).

❊ فإن قيل: الأخُ مُشارِكٌ في أصل الشفقة، والتفاوتُ في مراتب الشفقة غيرُ معتَبرٍ؛ بدليل مشاركة الجدِّ الأبَ مع التفاوت، وأما ولاية المال فتستدعي شفقةً تحمِلُ على استيعاب معظم الأوقات في التجارات والعِمارات،

---

(١) قال إمام الحرمين في سياق التفرقة بين ولاية الأب والوصي في المال، وبيانِ ولايتهما في النكاح: «وسرُّه أنَّ ولاية التزويج تخرُجُ بعضَ الخروج عن قاعدة النظر؛ لأن مبناها على الإعفاف، وذلك يتعلق بالجبلَّات، ويقتضي ألا تزوج غيرُ بالغة، فلو زُوجت صغيرة ربما تبقى دهرها في رقِّ النكاح، مع كراهتها لبَعْلها، فلا يدخل تحت الولاية، كالطلاق. والمالُ لا يمكن تأخيره؛ فيضيع، ولذلك الوصي يتصرف في المال، ولا يتصرف في البضع، والسلطان يلي مال الصغيرة، ولا يملك تزويجها». انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٤٨/١٢.

والأخوَّةُ لا تحمِلُ عليه، والنِّكاح يتنجَّزُ غَرَضُه بلفظِه؛ مِن غيرِ مزيدِ تَعَبٍ، والأخُ ذو الحَظِّ في النسب؛ فإنه يتعيَّرُ بتعيُّرِ أختِه، وليس له كبير حظٍّ في اجتماع المال لأخته، وأما اللزومُ فغيرُ مُسَلَّمٍ علىٰ مذهب أبي حنيفة، وإن سُلِّم فسببه أنه مشارِكٌ في أصل الشفقة، ومُفارِقٌ في صِفتها، فيشارك في أصل العقدِ دونَ صِفَتِه.

۞ قلنا: التفاوتُ في مراتب الشفقة بعدَ الاشتراك في الإصالةِ غيرُ معتبرةٍ[1]، فأمَّا عند الاختلاف فيه يعتبر[2] بدليل ولاية المال واللزوم؛ فإنَّ الجَدَّ ساوىٰ الأبَ فيها دون الأخِ، وقولُهم: «إن شفقة الأخ لا تدعو إلىٰ استغراقِ الأوقات في استِنْماء المال» اعترافٌ بقصور الشفقة، ثم هو منقوضٌ بالوصيِّ والقاضي، وشفقتُهما لا تَزيدُ علىٰ شفقة الأخِ، وفُوِّضَ إليهما علىٰ أنَّ غَوائلَ النكاح ومَثَارِ الضرر منه مِن أدَقِّ ما يُدرك، ولا يطلُبُ عِلَّتَه إلَّا مَن اشتد اهتمامه وطلبُه، ولا يشتد الطلب إلا عن شفقة كاملة وحظٍّ ظاهرٍ للطالب الباحث، وذلك متحقِّقٌ في الأب والجدِّ، فإنَّ البنت إذا لم تألف الزوج عادت إليهم، وهي كَلٌّ عليهم، وهم اضطُرُّوا إلىٰ إعادة الاهتمام بأمرِها ثانيًا، فأنَّىٰ يُساويهم الأخُ فيه؟!

وأما مَنْعُ اللزوم فباطلٌ؛ مع أن التفاوت في الشفقة ضروريٌّ، وسلب ولاية المال معلَّلٌ به، والعُذْرُ عنه فاسدٌ، وهو مراعاةُ موازنةٍ في اللفظ، فإن الزوج يتسلَّطُ علىٰ افتراعِها في الحالِ، ولا ينفع التدارُكُ بعد البلوغ، فإن

(١) كذا في الأصل، والجادة: «غير معتبر».

(٢) كذا في الأصل والجادة: «فيعتبر» لوقوع الفعل في موضع جواب «أما»، وقد أجاز خلو جواب «أما» من الفاء ابن مالك وغيره، وتقدم التعليق علىٰ هذه المسألة قبلُ.

كان في نظره قصورٌ، فليُمْنعْ من التزويجِ المسلِّطِ، وإن لم يُحذَرْ في الحالِ شيءٌ فليَلْزَمْ؛ كنكاح الأب، ثم إثباتُ خيار الرويَّةِ عند عقد النكاح وإثباته علىٰ الجواز إبداعُ حُكْمٍ ـ لا نظير له في الأنكحة ـ برأيٍ مجرَّدٍ، والقياسُ المُخيلُ إذا لم يشهَدْ له أصلٌ معيَّنٌ لا يُتَّبَعُ، فإن اتباعه وضعٌ للشرع لا تصرُّفٌ في المشروع.

❊ **فإن قيل:** تعطيلُ هذه اليتيمة وحسم باب النكاح/ في حقِّها أيضًا [٢٣٧/ب] بِدْعٌ لا نظيرَ له، وإلزامُ العَقْدِ إجحافٌ ممتنعٌ، فتردَّدْنا بينَ التعطيل وبين التسليط مع الخيارِ، وكلٌّ واحد لا نظيرَ له، وإذا رجَّحَتِ المصلحة أحد الأمرين تعيَّنَ، وإن لم يشهَدْ أصلٌ معيَّنٌ، والمصلحةُ ما ذكرناه؛ فإنَّ ظهورَ الأكْفاءِ فُرصٌ تُنتَهَزُ، وإذا فاتت عسُرَ تداركُ أمثالها، وعقدُ النكاح مصلحةٌ في حق الطفل، ولولاه لما استجاز الشرعُ أن يُسَلِّطَ الأبَ عليه، وهو إجحافٌ، ولكن لما كان الغالِبَ علىٰ طِباع الأبكارِ والصِّغارِ الإلفُ، وتقييدُ الكفُؤِ هو الحزمُ إذا ظهر، وحَسْمُ باب التقييد إجحافٌ بالطِّفلِ، يُسَلَّطُ الأبُ عليه، فكذلك اليتيمةُ لا يعطلُ في حقِّها هذه المصلحةُ، ولكِنْ في الأخِ نوعُ قصورٍ، فلا بُدَّ مِن إثبات طريق التدارك ليكونَ نظرًا في الحالِ بتقييد الكفُؤِ، وفي المآلِ بطلب طريق الخَلاص عند الحاجة.

وأما ضِرارُ الافتراع فبَعيدٌ؛ إذِ الغالب أن الصغيرة لا تُزَفُّ، وإن زُفَّتْ فلا تُفْتَرعُ، وإن افترُعَتْ ألِفَتْ ورضيَتْ بالنكاح، وإن لم تألَفْ فسَخَتْ وأخَذَتِ المهرَ الكاملَ، ونكَحَتْ زوجًا آخَرَ، ولا ضرر مِن وطء الكفو في النكاح مع أخذ تمام المهر، والأخُ موثوقٌ به في مراعاةِ الكفاءة؛ فإنه يتعيَّرُ

به ، ولكن قد يقلُّ اعتناؤه بغير الكفاءة ، وإن فرض مع هذا كلّه علىٰ ندورِ خيالُ ضرر ، فما تُلَقَّاها مِن ضرار فوات الكفُؤ في جانب التعطيل أكثرُ وأغلبُ ، ونحن نقنع بترجيح في الحال.

۞ **قلنا**: إثبات الجواز وخيار الرويَّة في النكاح أمرٌ بِدْعٌ لا بُدَّ فيه من شهادة أصل معين ، وما ذكرناه حاصِلُ توقُّفٍ وامتناعٍ عن الاحتكام ، وهو كتوقفنا عن تزويج من لم يُظفَرْ لها بكفوٍ فيه مصلحتها ، وتأخيرُنا إلىٰ وجود الكفو وظهور المصلحة ، وهذه قد فَقَدْنا لها مُشفقًا يطلُبُ مصلحتَها ، ويعرف باطنها وسجيَّتَها ، والبُضعُ ليس يفوت ، ولا شهوةَ لها في الحال ؛ بخلاف المجنونة يزوجها الأخ برضا القاضي لإزهاق الشهوة وظهور الحاجة ، ولذلك يُحكم باللزوم ، ولا يثبُتُ الخيار بعد الإفاقة ، وأما ما ذكروه من تقييد الكفو ففي الأَكْفاء كثرةٌ في الغالب ، وما يُتوقع من ضرر في التسليط في الحال يزيد عليه ، ولأجل دَفْعِه أُثبت الخيارُ لها ، فإن كان الخيار يدفَعُ كلَّ ضرر ، فليثبُتْ ذلك للأخِ مِن الأمِّ والخالِ ؛ تقييدًا للكفو ، ثم الخيارُ يدفَعُ الضررَ ، فإن كان يُحذَرُ قصورُ شَفَقَتِه ، فَلَمْ يُفوَّضْ إليه لذلك ؛ فليكُنِ الأخُ كذلك.

❊ **فإن قيل**: القاضي يَلِي المالَ فَلِمَ لا يَلِيْ البُضعَ.

۞ **قلنا**: لأنه لا تهمةَ في حق القاضي في رعاية المصلحة بعدَ درايتها ، ومصالح المال جَلِيَّةٌ يَهونُ دَرَكُها ، والمرعيُّ في عقودها ثَمَنُ المِثْلِ ، والقاضي إذا لم يتفرَّغْ لها يستأجِرُ عَدْلًا ، ويُفَوِّضُ إلىٰ ما شاء مِن أقاربه إن رأىٰ الصلاحَ فيه ، وانضم إليه أنَّ المالَ تأكلُه النفقةُ فيتعرَّضُ للفَوات ، فالضرورة داعيةٌ إلىٰ استنمائه.

وأمَّا مصالح النكاح خفية[1] لا تُدرك إلا بعد طولِ التأمُّلِ وإمعانِ النظر والبحثِ عن بواطن الأحوال، ولا تنبَعِثُ الداعيةُ فيه/ إلا عن شفقة جِبِلِّيَّةٍ، [٢٣٨/أ] والقاضي غيرُ متمكِّنٍ منه ولا من تحصيله بالنيابة، فكان الأصلحَ التوقُّفُ إلىٰ البلوغ، وحاصل الكلام أن خَطَرَ النكاح عظيمٌ ومضرَّته خفيَّةٌ، وإنما يصير عقدَ مصلحةٍ إذا صدر عن ذي شفقة كاملةٍ، وإلا فالأصلح التأخيرُ.

❊ فإن قيل: الأخ وليٌّ بعد البلوغ؛ فكيف لا يلي قبلَه، والبلوغ مِن سَوالِبِ الولايةِ لا من جوالبها.

❁ قلنا: حاله قبل البلوغ كحاله بعد البلوغ، والمملوك له في كل حالةٍ التزويجُ، ولكن تعذَّر الرضا بالصغر؛ فامتنع استيفاءُ المملوك؛ كما لو تعذَّر بعد البلوغ بالإغماء أو الغيبة، وثبوتُ ولايةِ الاستئمار لا يدُلُّ علىٰ ثبوت الإجبار، فإن التصرف بعد الاستئمار مُستنِدٌ إلىٰ نظر صاحب الحق لنفسه، والإجبار احتكامٌ علىٰ صاحب الحق، وذلك جُوِّزَ لمن نزلت شفقتُه ونظرُه منزلةَ نَظَرِ صاحبِ الحقِّ، وهو الأبُ، فليس نظرُ الأخ كذلك؛ بدليل العُرف وانتفاء اللزوم وولايةِ المال؛ والله أعلم[2].

(١) كذا في الأصل والجادة: «فَخَفِيَّةٌ» لوقوع الفعل في موضع جواب «أما»، وقد أجاز خلو جواب «أما» من الفاء ابن مالك وغيره، وتقدم التعليق علىٰ هذه المسألة قبلُ.

(٢) وفيما ذكره المصنف هنا تحرير لمسألة كثر البحث فيها والرد بين الجمهور عمومًا، والشافعية خصوصا، وهو التفريق بين ثبوت الولاية وثبوت الإجبار وإنفاذ العقد، فالقواعد تقتضي أنه لا تلازُمَ بينهما كما توهم البعض، فقد تثبت الولاية والإجبار معًا كما في الحرّة البكر ـ أحيانًا ـ وقد تثبت الولاية وحدها ولا إجبار؛ كما في الثيِّب الحرَّة المكلَّفة مطلقًا، وإنما التلازم بين ثبوت الولاية والإجبار إنما يُتصوَّر في مذهب الحنفية؛ ولذلك لا ولاية عندهم علىٰ الحرَّة المكلَّفة مطلقًا، بِكرًا أم ثيِّباً إلَّا علىٰ جهة الندب والاستحباب. =

❁ **مَسْأَلَة: البنوَّةُ لا تُفيدُ ولايةَ الإنكاح[1]؛ خلافًا لأبي حنيفة[2]**، وللمسألة طرفان:

الأول: ولاية الإجبار في حق الأم المجنونة والأبِ المجنون، والمعتمدُ: أن إثبات الولاية للابن أمَّا أن أُثْبِتَتْ ابتداءً بنصٍّ أو إجماعٍ أو قياسٍ علىٰ منصوصٍ، ولا نصَّ ولا سبيل إلىٰ الإلحاق بالقياس؛ فإن المجْمَعَ عليه الأبُ والجدُّ والقاضي أيضًا؛ فإنه يُزوِّجُ المجنونةَ وإن كان لا يزوِّجُ الصغيرةَ، ولا يمكنُ أن يُتلقَّىٰ مِن الأب والجد، فإن إثبات الولاية في حق الولي توقيرٌ وتمهيدُ منصِبٍ وعلوٌّ بما له مِن الاستيلاء والاستعلاء، وفي حقِّ

= وكونُ الثيِّبِ الصغيرة لا تُزوج حتىٰ تبلغ ـ علىٰ مذهب الشافعي ومن وافقه ـ ليس لأنَّه لا ولاية له عليها، وإنَّما لأنَّها لا تُزوَّج إلا بإذنها، والإذن في الصِّغر غير مُعتبر، فلزم انتظاره إلىٰ وقت اعتباره، وهو البلوغ عن عقل، ولو كانت علَّة الولاية عند الشافعي هي البكارة، لما كانت هناك ولاية علىٰ الثيِّب صغيرةً أم كبيرة، وإلا لزم أن يقال: إنَّه لا ولاية عليها حتىٰ تبلغ، وفي هذا من تفضيل حال الصِّغر علىٰ الكبر ما لا يخفىٰ، ولأجل هذا الفرع تثبت الولاية علىٰ الثيب الصغيرة عندهم، وإن كان لا يلزم منه الإجبار، وكذا تثبت علىٰ اليتمية، ولا يلزم منها الإجبار، وكذا في سائر الصور التي ثبت فيها نوع ولاية دون اقتضاء ذلك لولاية الإجبار. انظر في ذلك: الولاية في النكاح، لعوض بن فريج، ١/٣٧٠.

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٩/٩٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٢/٧٩، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص٣٥٩.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٤/٢٢٠، وفتح القدير، لابن الهمام، ٣/٢٧٧، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، (٣/١٢٧)، والمالكية والحنابلة لا يثبتون ولاية الإجبار للابن، ويثبتون له ولاية الاستئذان، والخلاف بينهم أن المالكية يقدمون ولاية الابن، أما الحنابلة فيقدمون ولاية الأب. ينظر: التلقين، ص٢٧٩، وبداية المجتهد، ٢/١٢، والفواكه الدواني، ٢/٧، ورؤوس المسائل الخلافية، ص٩٩١، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢/٤٧٢، وكشاف القناع، ٥/٥٠.

المَوْليِّ نظرٌ وتفقُّدٌ لمصلحته، فإن نظَرنا إلىٰ جانب العلوِّ والتوقير بتسليم زمام الأمر إلىٰ الولي والحكم بأن رأيَه مُطاعٌ مُتَّبَعٌ، لم يكُنِ الابن في معنىٰ الأب شرعًا وعقلًا؛ إذ تفوُّقُ الأبِ وعلوُّه وكونُه متبوعًا مطاعًا مخدومًا في حق الولد شهِدَ له العقلُ والشرع، فليس يظهر من هذا الوجه إثباتُ منصِبِ الاحتكام للفَرْعِ علىٰ أصلِه[1].

وإنْ لاحَظْنا جانب النظرِ للمَوْليِّ عليه فمستندُه شفقةٌ جِبِلِّيَّةٌ باعثةٌ علىٰ النظر لها؛ كما تبعث علىٰ النظر لنفسه، وذلك مما يختص الأب فيه بمزايا لا يشاركه الابنُ فيه، ولعل سببَه أنَّ ولَدَ الإنسان من كَسْبِه وموجودٌ بسببه، والإنسان مَشْعوفٌ بتربيةِ ما اكتسبه وتسبَّبَ إلىٰ وجودِه، وكذلك إبقائه[2]، ويرىٰ ذلك تربيةً يأَمْنِ نفسِه، ولأَجْلِه نرىٰ الآباءَ يتعبون ويجمعون الأموال لأولادِهم لا لآبائِهم وأمهاتهم؛ فإنَّ جَعْلَ الشرعِ نظرَه قائمًا مقامَ نظرِ صاحبِ الحق؛ لأنه مساوٍ له في هذه الخاصية، فالابنُ المنفَكُّ عن هذه المزيَّةِ كيف يُقيم نظره مُقامَ نَظَرِ صاحب الحقِّ، والأصل حَصْرُ التصرف

(١) ومسلك الحنفية في ذلك مجافٍ تمامًا لمسلك المصنف ومَن وافقه؛ حتىٰ إن أبا حنيفة وأبا يوسف ذهبا إلىٰ أبعد من ذلك، فلم يثبتا الولاية للابن فقط، بل قدما ولايته علىٰ ولاية الأب؛ خلافا لمحمد بن الحسن، وذلك لأن مسلكهم أن النكاح يرجع إلىٰ العصبات، والابن يستحق العصوبة، وهو المعنىٰ الفقهي أن الوراثة نوع ولاية؛ لأن الوارث يخلف المورث ملكًا وتصرفًا، والوراثة هي الخلافة في التصرفات، وللوراثة أسباب الفريضة والعصوبة والقرابة، ولكن أقوىٰ الأسباب العصوبة؛ لأن الإرث بها متفق عليه ويستحق بها جميع المال. فهذا ما اتفقوا عليه، ولما رأىٰ أبو حنيفة وأبو يوسف أن الابن مقدم في العصوبة؛ بدليل أن الأب يستحق معه السدس فقط فريضة، حكَمَا بتقديم ولاية الابن علىٰ الأب، فهذا سبب المباينة بين الفريقين. ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٤/٢٢٠.

(٢) كذا في الأصل، وكتب فوقه: «صح»، وهو مجرور معطوف علىٰ «وجوده».

علىٰ ذي الحق أو مَن يقوم مُقامه في الشفقة ويقرُبُ منه، نَعَمِ البُنُوَّةُ تُثير شفقةً علىٰ العموم، ولكن تثير نفرةً عن النكاح علىٰ الخصوص، إما في حق الأمِّ استنكافًا وتعييرًا، وفي حق الأب حَذارًا من ظهور أولادٍ يزاحمون في الإرثِ ومراعاةِ الأب له، فتعارض فائدةُ البنوَّةِ في الشفقة والنُّفرةُ في حقِّ النكاح، وسقط/ أثرُه والتحق بالعَدَم، وإن ظهر سببٌ آخَرُ؛ مِن قضاءٍ أو بنوةِ عَمٍّ أفاد الولاية، ولم تَقْدَحِ البنوةُ فيه أصلًا لما ذكرناه. ويتأيد ذلك بأن الابنَ لا ينتمي إلىٰ نسب الأم؛ ولذلك لا يعترض عندَ فوات الكفاءة في نكاحها إذا صورنا عَلَّويةً تحت نَبَطيٍّ ولدت ولدًا وانقطع النكاح، ثم أعاده القاضي برضاها، فيستحيل أن يفسَخَ الابنُ ويزعم أن يتعيَّر بسببه بأبيه ونسبه إليه، وهذا أيضًا يُنبه علىٰ تأثير الأبوة[1].

[٢٣٨/ب]

(١) وما ذكره المصنف ﷺ مع اتجاهه وقوته إلا أن الشافعية بالغوا في منع ولاية الابن، فمنعوها مطلقا حتىٰ لو مات الأب والجد، فإن الولاية تنتقل إلىٰ إخوة الأب أي الأعمام ثم أعمام الأب وهكذا، يقول الماوردي: «اعلم أن الولاية في النكاح تكون للأب ثم لمن ناسب الأب، ولا يستحقها بالنسب من لم يرجع بالنسب إلىٰ الأب، فيكون الأب أصلا يرجع إليه كلُّ مَن استحق الولاية بالنسب، وإذا كان كذلك فالآباء من جملة العصبات عمود يستحق الولاية منهم الأقرب فالأقرب، ومَن هم مِن العصبات درج مرتبته، تخرج من كل درجة عمود، وكل درجة تتقدم بعمودها علىٰ ما بعدها وتتأخر بعمودها قبلها، فإذا انقرض عمود الآباء كانت الدرجة الأولىٰ بني الأب، وهم الإخوة وعمودها بنوهم، وإن سفلوا، والدرجة الثانية بنو الجد، وهم الأعمام وعمودها بنوهم وإن سفلوا، والدرجة الثالثة بنو أبي الجد، وهم أعمام الأب وعمودها بنوهم وإن سفلوا، وكذلك بنو أب بعد أب حتىٰ ينقرض بنو جميع الآباء فيصير أحق العصبات بالولاية بعد الآباء الإخوة وبنوهم وإن سفلوا، ثم الأعمام وبنوهم وإن سفلوا، ثم أعمام الأب وبنوهم وإن سفلوا، ثم أعمام الجد وبنوهم وإن سفلوا، ثم أعمام جد الجد وبنوهم وإن سفلوا، كذلك أبدًا حتىٰ ينقرض بنو الآباء كلهم، فلا يبقىٰ بعدهم ولي مناسب، فتنتقل حينئذ الولاية علىٰ المناسبين إلىٰ=

❊ **فإن قيل**: القاضي يزوج المجنونة، والابن لا يتقاعدُ عن القاضي في قُرْبٍ ولا شفقةٍ، ولا في تعيير بسبب النسب، والكلام في الترجيح، ويُعلمُ أنَّ الابنَ أخصُّ وأُولىٰ.

❁ **قلنا**: الكلام في الترجيح باطل؛ فإنه لم يثبت كون البنوَّةِ سببًا، وثبت كونُ القضاء سببًا لإفادة الولاية بالاتفاق، فإذا لم يثبت كونه سببًا، كيف يُقدَّم علىٰ القاضي؟! وإنما يثبت كونُه سببًا بالقياس علىٰ الأب، وقد فسد، أو بالقياس علىٰ القاضي، وهو فاسدٌ؛ فإن القضاء جهةٌ عامة في إفادة الولاية، وإنما نُصِّب القاضي لينظر لمن عجَز عن النظر لنفسه، فلا يشترط فيه رابطةٌ خاصة، ويشترط في ولاية الآحاد رابطةٌ خاصة بصفة خاصةٍ، ولو دلَّ القضاء علىٰ أن الابنَ وليٌّ لدَلَّ علىٰ الولاية للأخ مِن الأم والخال وسائر الأجانب، فإنَّ القاضيَ أجنبيٌّ، ولكن القضاء جهةٌ مستقلَّةٌ، يُباينُ مأخَذُها مأخَذَ القراباتِ، وولاية الآحاد علىٰ الآحاد، وإذا لم يستقِمْ منهجُ القياس وجَب التوقُّف علىٰ إثبات الولاية للأبِ مِن غير مستندٍ.

الطرف الثاني: في الاستئمار، ومسلكُ الكلام ما سبق؛ فإن ولاية الاستئمار لا تثبت للابن بنصٍّ مبتدأٍ، فلا بُدَّ مِن الإلحاق، والأصول التي يتوقع الإلحاق بهم أربعة: الأبُ فمَن فوقه، والقاضي، وقد سبق امتناعُ التلقي منهما، يبقىٰ العَصَباتُ مِن أهل النَّسَبِ والمعتقِ، فأما العصباتُ مِن أهل

= غيرهم من الموالي المعتقين ثم إلىٰ عصبتهم». ولا شك أن هذه الرتب المتأخرة لا تتحقق فيها المعاني التي استند إليها المصنف والشافعية عموما في إثبات الولاية للأب ومنعها مطلقًا عن الابن، ويظهر منه إغراقهم في إثبات الولاية لكل من أدلىٰ للجد والأب، وهذا مناقض للمقصود. الحاوي الكبير، للماوردي، ٩/٩٢.

النسب: لا يمكن التلقي منهم؛ فإنهم ينتمون إلىٰ شجرة النسب، ولهم حَظٌّ في الكفاءة؛ إذ يتعيَّرون بفواتهم، ولهم حقُّ الذَّبِّ عن النسب، وولايةُ الاستئمار أثبتت إعانةً علىٰ النظر؛ لقصور المرأة عن الاستقلال، فإذا ناطه الشرعُ بذي حظٍّ له مدخلٌ في الأمر لم يمكن إثباتُه لمن ليس له ذلك الحظُّ، ولذلك لم يثبُتْ للخال والأخِ للأمِّ، وأما المعتِقُ فلا يمكن أن يُتلقىٰ منه؛ لأن الإعتاقَ فيه مشابهة الأبوة، فإن الرقيقَ كان مفقودًا في حقِّ نفسه، موجودًا لسيده؛ فبالإعتاق صار موجودًا لنفسه، فكان كالابن يصير موجودًا مِن جهة الأب وبسببه، ولذلك كان مَرتبتُه مرتبةَ المُنعِمِ؛ فيستحقُّ التوقيرَ والشكر، فإن جُعل زِمامُ أمْرِه إليه، وجُعِل رأيُه مطاعًا في حقِّه؛ شكرًا له علىٰ إنعامه؛ كما في حق الأبِ: فله وجهٌ وإخالةٌ ومرتبةُ الابنِ ليس فوق مرتبةِ الأبِ؛ بل هو علىٰ عكس، فلم يكُنْ في معناه، وقد ألحق الشرعُ الولاء بالنسبِ؛ فقال: «**الولاءُ لُحمَةٌ كلُحْمَةِ النسبِ**»[1]، وقال: «**مَوْلىٰ القَومِ**

(١) أخرجه الشافعي في المسند (٢٣٧)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٥٠)، والحاكم في مستدركه (٧٩٩٠)، والبيهقي (٢١٤٣٣) من حديث عبد الله بن عمر مرفوعًا، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، وأخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٤٧٢)، والبيهقي (١٢٣٨١، ٢١٤٣٥) عن الحسن مرسلا، ورواية البيهقي عن الأصم، عن الربيع، عن الشافعي عن محمد بن الحسن، عن يعقوب بن إبراهيم، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر مرفوعا باللفظ المذكور، ثم قال: وكذا رواه محمد بن الحسن الفقيه، عن يعقوب أبي يوسف القاضي، عن عبد الله بن دينار، قال أبو بكر النيسابوري: هذا خطأ؛ لأن الثقات لم يرووه هكذا، وإنما رواه الحسن مرسلا، ثم رواه البيهقي عن الحاكم وغيره عن الأصم، عن يحيىٰ بن أبي طالب، عن يزيد بن هارون، عن هشام بن حسان، عن الحسن، عن رسول الله ﷺ، فذكره بلفظه، وقال البيهقي: وروي من أوجه أخر كلها ضعيفة.

ثم رواه بإسناده عن ضمرة، عن سفيان، عن ابن دينار، عن ابن عمر مرفوعا، قال=

مِنْهم»(١)، ونسب الموالاةُ إلىٰ المولي كما يُنسَبُ الولدُ إلىٰ الأبِ، فلما كان المعتِقُ مُضاهيًا للأبِ مِن بعضِ الوجوه لا مِن كلِّها، ساواه/ في بعضِ [٢٣٩/أ] الولايات، وهي ولايةُ الاستئمار دونَ ولايةِ الإجبار، وهذا غيرُ مُطَّرِدٍ في البنوَّة، فلم يلحق به.

❊ فإن قيل: تعليلُ الولاية في حقِّ المعتِقِ بالعصوبة أَوْلىٰ من تعليلِها بما ذكرتموه مِن وجهين؛ أحدهما: الإخالةُ، وهو أن العصوبة عبارة عن استغراق جميع المال، وهو مُشعرٌ بقيامه مُقامَه في ماله عند عَجْزِه بالموت عن التصرُّفِ في ماله، فَبِالْحَرِيِّ أن يقوم مقامَه أيضًا في النظر في بُضعِه أو في الإعانة له عليه.

والثاني: أن التعليل بالعصوبة تعليلٌ بعلة واحدة، يشهد له الأبُ والجدُ

= الطبراني: لم يرو هذا الحديث عن سفيان إلا ضمرة. قال البيهقي: قد رواه إبراهيم بن محمد بن يوسف الفريابي عن ضمرة كما رواه الجماعة «نهىٰ عن بيع الولاء وعن هبته»، وكأن الخطأ وقع من غيره، ثم رواه بإسناده عن يحيىٰ بن سليم، عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر مرفوعا، ثم قال: هذا وهم من يحيىٰ بن سليم أو من دونه في الإسناد والمتن جميعا، فإن الحفاظ إنما رووه عن عبيد الله بن عمر، عن عبد الله بن دينار، عن الزهري فيه أصل، ويحيىٰ بن أبي أنيسة ضعيف بمرة، وإنما يروي هذا اللفظ مرسلا. قال: ويروىٰ عمن دون ذلك عن جماعة من الصحابة، وعن علي مرفوعا «الولاء بمنزلة النسب لا يباع ولا يوهب». وقال في باب «الميراث بالولاء» بعد أن رواه مرسلًا عن الحسن: روي موصولا من وجه آخر عن ابن عمر وليس بصحيح. وانظر زيادة تفصيل في هذا الحديث: البدر المنير (٩/٧١٦ ـ ٧٢١).

(١) أخرجه النسائي (٢٥٩٩)، والترمذي (٦٥٧)، وابن خزيمة (٢٣٤٤)، والحاكم (١٤٦٨) من حديث عطاء بن السائب عن أم كلثوم ﵂؛ بلفظ: وإن موالي القوم منهم. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

والإخوة والأعمام والمعتق، فإنَّ اشتراكهم في الحُكمِ يشهدُ لاشتراكهم في العِللِ، وإذا عُلِّلت هذه الأصولُ بعِللٍ متعددة، سكت كل أصل عن الشهادة والتصديق لعلةِ الأصل الآخِرِ، فالضبطُ بالعصوبة أَوْلىٰ.

۞ قلنا: التعليل بعلل متعددة مناسبةٍ أَوْلىٰ، وإثباتُ الحكم علىٰ وَفْقِها يكفينا شهادةً لها، والعُصُوبةُ غير مناسبة، فإنه يرجع إلىٰ الوراثة[1] بعد الموت وحيازة المال، وهذا لا يناسِبُ إثبات منصب التوقير والولاية في الحياة، فإنَّ ذوو[2] الفرائض لهم مدخلٌ في الميراث، ولا دَخْلَ لهم في الولاية أصلًا، والبنتُ وسائر ذوي الفرائض سوىٰ الزوجين يستغرِقون الميراثَ بالفرضِ والردِّ، ويُنَزَّلون منزلةَ المورثِ في كلِّ المالِ، ولا ولاية لهم، ومِن جُملتهم الأخُ مِن الأُمِّ عندهم، كيف واستغراقُ الميراث حكمٌ شرعي، وليس بمعنًىٰ حتىٰ يناسِبَ حُكمًا آخرَ، وغايتُه دلالةٌ علىٰ أن تميُّزَه بالاستغراق عن غيره لتميُّزِه بخاصيَّةٍ في القُرْبِ والاختصاص، فلتكُنْ تِيكَ الخاصيَّةُ رابطةَ الولاية؛ كما كانت رابطةَ العصوبة، فَتِيكَ الخاصيةُ ينبغي أن تُذكَرَ ويُبحثَ عن مُناسِبِها، وهو غير ممكن، وإن تُرِكَ علىٰ الجهالة، وقيل: كلُّ خاصيَّةٍ قُدِّرَتْ صالحةً لإفادة التخصيص بالاستغراق: فهي صالحة لإفادة التخصيص بالولاية؛ إن لم يُعثَرْ علىٰ عَينِها فهذا إبهامٌ ورَمْيٌ في عَمايَةٍ، والتعليلُ بمعنًىٰ مُصرَّحٍ مَذكورٍ عُقِلَتْ مُناسبتُه: أُوْلىٰ مِن الإبهام بمثلِ ذلك قطعًا؛ فهذا طريقُ

---

(١) كذا في الأصل، والأليق بالمعنىٰ هو: «الورثة».

(٢) كذا في الأصل، وصوابه «ذوي»؛ فإنه في موضع نصب بـ «إن»، و«ذوو» جمع «ذو» التي بمعنىٰ صاحب، وهي ملحقة بجمع المذكر السالم، وحكمها حكمه، فترفع بالواو، وتنصب وتجر بالياء.

ترجيحِ جانِبِ الشافعي.

❊ فإن قيل: لِمَ قُلتم: إن الحكم في المسألة يثبُتُ إلحاقًا لا ابتداءً، وقد قال ﷺ: «**الوِلايةُ للعَصَباتِ**»[1]، وهو نصٌّ، وقال لابن أم سلمة: «قُمْ يا غُلامُ فزوِّجْ أُمَّكَ»[2].

❁ قلنا: لم يثبُتْ قولُه: «**الوِلايةُ للعَصَباتِ**»؛ وإنما هذا كلام الفقهاء وعُزِيَ ذلك إلىٰ عليٍّ ﵁، ولو ثبت ذلك حديثًا لكان قويًّا بالغًا عند تعارُضِ الظنون، وأما ابنُ أمِّ سلمةَ كان ابنَ عمِّها، وانتسب إلىٰ شجرة نسبِها، ونحن نُثبتُ الولاية بمثلِه؛ والله أعلَمُ[3].

---

(١) لم أقف عليه مرفوعًا ولا موقوفًا. والله أعلم..

(٢) أخرجه النسائي (٣٢٥٤) كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمه، ٦/٨١، وأحمد (٢٦٦٦٩) ٤٤/٢٦٨، وابن حبان (٢٩٤٩) ذكر الأمر بالاسترجاع لمن أصابته مصيبة وسؤاله الله جل وعلا أن يبدله خيرا منها، ٧/٢١٢، والبيهقي في السنن الكبرى (١٣٧٥٢) كتاب النكاح، باب الابن يزوجها إذا كان عصبة لها بغير البنوة، ٧/٢١٢. وضعفه الألباني في إرواء الغليل، ٦/٢١٩.

تنبيه: المحفوظ (يا عمر) بدل (يا غلام)، ولم أقف على عبارة (غلام) في شيء من المصنفات الحديثية المطبوعة، ويبدو أن لفظة (غلام) دارجة في كلام الفقهاء من باب حكاية الحديث بالمعنى، وليست لفظة ثابتة، وقد وقفت على كلام لأبي عبدالله بن عبد الهادي - ﵀ - في (تنقيح التحقيق، ٤/٣١٨) يفيد ما ذكرته هنا، ونص عبارته: «هكذا روي لنا الحديث (أنها قالت: يا عمر قم)، وأصحابنا قد ذكروا أن رسول الله - ﷺ - قال: «قم يا غلام، فزوج أمك». وما عرفنا هذا» أهـ. والله أعلم.

(٣) في رد المصنف هنا نظر؛ وذلك لأن حجة الحنفية في منع القول بثبوت الحكم إلحاقًا ما زالت قائمة، نعم مستندهم على الحديث المذكور قوي وعليه معتمدهم، وهو غير ثابت، إلا أن لهم الاستدلال بقوله ﷺ «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها...**» وهذا الحديث أخرجه الترمذي (١١٠٢) بهذا اللفظ وقال: «حديث حسن»، والابن ولي أمه؛ لأن الولاية=

❊ مَسْأَلَة: إذا رضيتِ المرأة بأقلَّ مِن مهرِ مِثلِها: لم يكُنْ للأولياء الاعتراضُ[1]، وقال أبو حنيفة: لهم فَسْخُ النِّكاحِ[2]. ومنهجُ الكلام ما سبق في المسائل، وهو قَطْعُ مدارك الخَصمِ؛ فإنَّا مستمرُّون على الأصل، وبيانُه: أن المهرَ بَدَلُ بُضْعِها، وهو خالِصُ حقِّها، ولذلك تملكُ الإبراءَ والتقريرَ والتجنيسَ على ما شاءت، فإثبات الاعتراض على عقدها بالفسخ إما أن يستند إلى نصٍّ فيه أو إلى قياس على منصوصٍ، ولا نصَّ، ولا أصلَ يُتخيَّلُ إلحاقُه به سوى الاعتراضِ عند فَوْتِ الكفاءة/[3]، وليس هذا في معناه؛ لأن ٢٣٩/ب

= من القرب؛ لقول العرب: هذا يلي هذا؛ أي: يقرب منه، ولا شك أن ابنها أقرب إليها من غيره؛ لأنه جزؤها، وجزء الشيء أقرب إليه من الأمور الخارجة عنه؛ فيسلم للحنفية هذا الاعتراض. ينظر: تهذيب الفروق، ١٢٧/٣.

(١) ينظر: الأم، ٤٠/٦، والحاوي الكبير، ١٠٨/٩، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٩٨/١٢، وتكملة المجموع لمحمد نجيب المطيعي، ١٨٥/١٦، وهذا هو مذهب الجمهور من المالكية والحنابلة، وهو قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية. ينظر: البيان والتحصيل، ٣٥٤/٤، والمبسوط، للسرخسي، ١٤/٥، ورؤوس المسائل الخلافية، ص٩٩٥، والمغني، ١١٨/١٠، والمعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، ٢٠١/٢.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٤/٥، وبدائع الصنائع، ٣٢٢/٢، والبناية شرح الهداية، ١١٩/٥.

(٣) وكلام المصنف هنا يُتعقب من وجهين:

الأول: أن دعواه عدم اعتماد أبي حنيفة على شيء من المنقول أو المنصوص ممنوعة؛ فأبو حنيفة ﷺ اعتمد على حديث ابن عباس ﷺ: قال: قال رسول الله ﷺ: «أنكحوا الأيامى...» ثلاثا، قيل: ما العلائق بينهم يا رسول الله؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون؛ ولو قضيب من أراك».

ووجه الاستدلال من الحديث أنه ﷺ علق الرضى بالمهر على الأهل لا على المرأة فقط.

الثاني: أن الاعتماد على المنصوص يكفي في الاستدلال على المراد؛ إذ هو أقوى في الدلالة على المراد من القياس، والشافعية اعتمدوا على القياس، وعلى كون المهر حق=

. . . .

= المرأة، فلما جاز إبراؤها وتبرعها وإسقاط سائر حقوقها المالية جاز ذلك لها في المهر، وهذا القياس قد يمنع بثبوت الفارق بين سائر حقوقها وبين هذا الحق خصوصًا ـ أعني قبولها أقل من مهر مثلها ـ والفارق بينهم أن هذا الحق لا يعد حقا خالصا لها؛ إذ يشركها فيه الأولياء، لما في ذلك من جلب الضرر عليهم؛ سواء بالنقص الذي يلحقهم من قبولها أقل من مهر المثل، أو بالضرر الذي يلحقهم من نقصان مهر المثل في عائلاتهم وقبائلهم مع تطاول الأمد وانتشار ذلك فيهم، وهذا الفارق يؤيده ما استدلوا به من المنصوص في حديث ابن عباس، فلما ثبت الفارق بطل القياس وسلم لأبي حنيفة ما ذهب إليه.

وللشافعية والجمهور الجواب عن ذلك من وجوه:

الأول: أن حديث ابن عباس المذكور لا يصلح للاستدلال به؛ إذ يرويه محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني عن أبيه عن بن عباس، ومحمد بن عبد الرحمن هذا منكر الحديث، وأبوه لم تثبت عدالته، فبطل الاستدلال بالحديث لضعفه. انظر: التحقيق في أحاديث الخلاف، لابن الجوزي، ٢/٢٨١، ونصب الراية، ٣/٢٠٠، والبدر المنير، ٧/٦٧٧.

الثاني: أنه علىٰ فرض صحة هذا الحديث فإن محل الاستدلال به ليس في محله، لأن المراد بقوله ﷺ: «ما تراضىٰ به الأهلون» يعني: أهلي العلائق، وأهلوها هم الزوجات دون الأولياء، فكان الخبر دليلا علىٰ أبي حنيفة لا له.

فإن قيل: لما حملتم الأهلون علىٰ الزوجات والظاهر أنه يحمل علىٰ الأولياء.

قيل: لأنه أخبر عبد الله بن عامر بن ربيعة، عن أبيه، أن امرأة من بني فزارة تزوجت علىٰ نعلين، فقال رسول الله ﷺ: أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ قالت: نعم، قال: فأجازه. وهذا الحديث أخرجه الترمذي (١١١٣) في أبواب النكاح، باب: ما جاء في مهور النساء، ٣/٤١٢، وهذا الحديث نص في المقصود، وأن المهر حق للمرأة؛ فإن رضيت أجيز النكاح دون توقف علىٰ إجازة الأولياء، ولما ثبت هذا وجب حمل الحديث الآخر علىٰ الزوجات وإلا وقع التعارض.

وقد يجاب عن ذلك بأن هذا الحديث معلول، ففيه عاصم بن عبيد الله، قال يحيىٰ بن معين: ضعيف لا يحتج بحديثه، وقال ابن حبان: فاحش الخطأ متروك. ينظر: المجروحين، ٢/١٢٧، وتنقيح التحقيق، لابن عبد الهادي، ٤/٣٧٥. وإذا ثبت ذلك سقط الاستدلال به ولم يكن تأويل أحد الحديثين بأولىٰ من الآخر. =

الاعتراضَ علىٰ تصرف الغير في حقه إذا أُثبِتَ بضِرارٍ عظيم له وَقْعٌ في النفوس اعتيادًا لا يثبت بضِرارٍ دونَه، ولذلك أُثبت للشفيع الاعتراض لدفع الضرار في العقار، ولم يثبت في المنقول؛ لأن الضرار دونه، ولم يلحَقِ الجِوارَ أيضًا بالشركة، ولذلك إذا زوَّجَتْ نفسَها بالنُّخَالةِ وقشور الرُّمَّانِ وأَقْماعِ الباذنجانِ: ففيه نوعُ عارٍ وضرار لا ينكر عادةً ولا اعتراض، وكذلك إذا أبرأت في مجلس العقد عن المهر ولو زوجت نفسها بالسِّرْقين[1] عندهم لا مُعترضَ؛ مع ما فيه من التعيير الذي يتأبد ذِكرُه علىٰ ممر الأيام، وضِرارُ نُقصانِ المهر دونَ ضرارِ تَوَلُّجِ اللئيم في العشيرةِ المحترمة قطعًا، فكيف يلتحِقُ به؟!

❊ **فإن قيل**: لسنا نلحق به بعموم وصف الضرار بل نلحقه بالمشاركة في خصوص الضرار المعتبر فيه، فلم منعتُم الإلحاق؟!

❁ **قلنا**: إن ظهرت المشاركة في خصوص الضرار المعتبر لم يمتنع

= الثالث: أن ما ذكره الشافعية والجمهور أقيس، قال الماوردي: «لأن وجوب المهر قد يكون تارة عن اختيار ومراضاة، وذلك في العقود، وتارة عن غير اختيار ومراضاة، وذلك في إصابة الشبهة وما شاكله، فلما ملكت بحقيقة إذا وجب بغير اختيارها: فأولىٰ أن تملك بحقيقة إذا وجب باختيارها؛ لأنه مع الاختيار أخف ومع عدمه أغلظ، ولأن ما يلحق الأولياء من العار إذا نكحت بأخس الأموال جِنسًا؛ كالنوىٰ وقشور الرمان: أكثر مما يلحقهم إذا نكحت بأقل المهور قدرًا، فلما لم يكن للأولياء الاعتراض عليها في خسة الجنس لم يكن لهم الاعتراض عليها في نقصان القدر.

وأما الاستدلال بدخول الضرر علىٰ نساء العصبات فلو كان لهذا المعنىٰ بمستحق الاعتراض فيه لا تستحقه النساء اللائي يدخل عليهن الضرر دون الأولياء، ولاشترك فيه القريب والبعيد، والاعتراض عليهن في الجنس؛ كالاعتراض في القدر، وكانت ممنوعة من الزيادة فيه كما منعت من النقصان منه، فلما فسد الاعتراض بهذه المعاني كان بالنقصان أفسد».

ينظر: الحاوي الكبير، ٩/١٠٩.

(١) السرقين: رَوْثُ الدابة، وهو معرب سرجين، ينظر: لسان العرب، ١٣/٢٠٨.

الإلحاقُ، ولكن ليس يلزم المستدلَّ حسمُ مداركِ الإمكان، ويكفيه إبْداءُ فَرْقٍ علىٰ الجملة إلىٰ أن يظهر الجَمْعُ الخاصُّ.

❊ **فإن قيل:** المثبِتُ للفسخِ كلما يدل علىٰ الغَضِّ مِن النسب، ومنصب الزوج مَعيارٌ لمنصب المرأة، فإن العُرفَ مشيرٌ إلىٰ التعادل والتماثل بين الزوجين، وعليه يبتنىٰ الازدواج غالبًا، وإذا نَكَحت مَن دونَها دلَّ علىٰ أن منصب عشيرتها مثلُ منصب زوجها، وهو نقصانٌ في حقهم لا يُحتمَلُ، فكذلك المهر معيار لمناصب ذوي الأنساب، فيكثرُ بالشَّرَفِ، ويقِلُّ بالوَضَاعةِ، فإذا كثرت مهور نسائهم لعلوِّ منصبِهم، فرضيت بما دونه، دل علىٰ أن منصب عشيرتِها نازِلٌ إلىٰ حدٍّ لا يُرغَبُ فيها إلا بالقَدْرِ النَّزْرِ، فهو نقصان من النسب لا يُحتمل، ولعلَّ مغالاةَ أهل البيوتات في المهور يدلُّ علىٰ المضايقة في الكفاءة في النسب، وسببُه ما ذكرناه، ولا ترِدُ عليه الأجناس الخسيسةُ، فإن الرغبة بِقَدْرِ الماليَّةِ تَبَيَّنُ[1]؛ لا بجنس المال، ولذلك جوَّز الشافعي تزويج الطفلة بالجنس الخسيس، ولا يجوِّز بأقلَّ مِن مهر المثل، وأما الإبراءُ عن

(١) أصل «تبين»: تتبين؛ بتاءين، وحذِفَ إحدىٰ التاءين تخفيفًا، وقد قرَّر النحاة أنَّ المضارع إذا بُدِئَ بتاءَيْنِ (تاء المضارعة، وتاء المطاوعة): فإنَّ لك فيه ثلاثةَ أوجه:
الأوَّل: الفَكُّ، وهو الأصل؛ فتقول: تتبين.
والثاني: الحذف، وهو أن تَحْذِفَ إحدىٰ التاءين تخفيفًا، فتقول: تبين.
وهل المحذوف الأولىٰ أو الثانية؟ قولان؛ أصحهما: الثانية، وهو مذهب سيبَوَيْهِ والبصريين، وقال الكوفيون: المحذوفُ الأولىٰ، وهي حرف المضارعة.
والثالث: الإدغام، للتخفيف أيضًا، فتقول: اتَّبَيَّنَ، تُدْغِمُ أحد المثلَيْنِ في الآخر، فتسكُنُ إحدىٰ التاءين، فيؤتىٰ بهمزة الوصل للنطق بالساكن. وانظر: شرح ابن عقيل، ٢/٥٤٠ - ٥٤٢، وأوضح المسالك، لابن هشام، ٤/٣٦٤ - ٣٦٥، وهمع الهوامع، ٣/٤٨٦.

المهر مَكْرمةٌ تجري به المباهاتُ، والاستيفاءُ معرَّةٌ، والرجوع فيه إلىٰ العادات، وإنما المضايقة في التسمية لدىٰ العقد لا في الاستيفاء.

﴿ قلنا: ما ذكرتموه في جانب الكفاءة مُسَلَّمٌ، ولكِنَّ أمرَ المهر علىٰ ضِدِّه؛ فإنه قيمةُ بُضعِ المرأة، يختلف باختلاف الرغَبات، واختلافُ الرغَبات لاختلاف الخِصال؛ مِن الجمال والمال والعِفَّة والصلاح وحُسنِ الأخلاق، والنسبُ أيضًا مِن جملة الخصال، ولو كانت مقاديرُ المهور بإزاءِ مقادير الإنسان فقط لا يستمِرُّ ذلك، ونحن نرىٰ العلويَّةَ في زمان واحد مع اتحاد النسب الذي عليه المحافظةُ تختلف مهورُ نسائهم علىٰ مقاديرَ متباعدةٍ لاختلافهم في الخصال المطلوبة، فكما لا يدل زيادةُ مهرِ بعضهن علىٰ زيادة نَسَبِهنَّ، فلا يدل النقصانُ علىٰ النقصان؛ بل يُحمل ذلك علىٰ خِصال أُخَرَ تختصُّ بذات المرأة لا مدخل للأولياء فيه، والمجهولات من النساء التي لا نسبَ لهن يتفاوت مهورُهنَّ، فكيف يقالُ: المهر معيارُ النسبِ/؛ فإذًا محِلُّ المهرِ مِن البُضع محِلُّ ثَمن المثل من سائر الأموال؛ فكيف يلحق بالكفاءة؟! [١/٢٤٠]

* فإن قيل: مهرُ المثل يُعرف مِن نساء العشيرة، وإذا نُقِصَتْ واحدةٌ، صارت معتبرةً يُقاسُ بها مهرُ عشيرتِها(١).

﴿ قلنا: يُطلب من نساءِ عشيرتها مَن هي في مِثلِ حالها وجمالها، ثم إن سامحت واحدةٌ وظهَر للمسامحةِ سببٌ لم يُتَّخَذْ ذلك مُعْتَبَرًا عندنا بحال؛ والله أعلم(٢).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٣٢٢.
(٢) ولأبي حنيفة الاعتراض علىٰ جواب المصنف هنا، بأن سلب الولي الحق في الفسخ إذا رضيت المرأة بأقل من مهر المثل يفضي إلىٰ انتشار ذلك في عائلتها وجماعتها، ويترتب=

❦ **مَسْأَلَة: الأبُ إذا زوج ابنته بأقل من مهر المثل لم يثبت المُسمَّىٰ، والرجوع إلىٰ مهر المثل**[1]، وقال أبو حنيفة: يثبت المسمىٰ وقد زاد، وقال: لو زوَّجها مِن غير كفو أيضًا لزم النكاح[2].

فنقول: بَخْسٌ بحقها في المعاملة فلا يلزمها؛ كما إذا باع مالها بالغَبْنِ[3].

= عليه انخفاض مهر المثل في جماعتها عند فشو ذلك فيهم، مما يضر بغيرها من أوليائها وعصباتها، والمؤلف ﷺ قرر أن المعتبر من هو في مثل حالها وجمالها، وبنىٰ جوابه علىٰ أن المسامحة تحصل من واحدة ويعلم سببها، وهذا يناقض أصله لأن القول بأنه حق خالص للمرأة لا يشترط له بيان سبب الحط من المهر أو القبول بأقل من مهر المثل، فلا محالة السماح بذلك قد يقع منه ضرر محقق بتفشي هذه الحالات في العائلة أو القبيلة مما يلحق الضرر بغيرها من نساء العائلة أو القبيلة. انظر: بدائع المبسوط، للسرخسي، ١٤/٥.

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٤٠٠/٩، نهاية المطلب في دراية المذهب، ٩١/١٣، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٢٧٤/٧.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، ٢٤٦/٢، والفتاوىٰ الخانية، ٣٦٠/١، والمحيط البرهاني، ١٣٥/٣، وهو قول مالك، واشترط أن يكون علىٰ جهة النظر، ففي المدونة: «سمعت مالكا يقول: يجوز عليها إنكاح الأب، فأرىٰ أنه إن زوجها الأب بأقل من مهر مثلها أو بأكثر فإن ذلك جائز إذا كان إنما زوجها علىٰ وجه النظر لها، قال: ولقد سألنا مالكًا: امرأة ولها ابنة في حجرها وقد طلق الأم زوجها عن ابنة له منها، فأراد الأب أن يزوجها من ابن أخ له فأبت، فأتت الأم إلىٰ مالك فقالت له: إن لي ابنة وهي موسرة مرغوب فيها، وقد أصدقت صداقًا كثيرًا، فأراد أبوها أن يزوجها من ابن أخ له معدم لا شيء له، أَفَترىٰ أن أتكلم؟ قال: نعم إني لأرىٰ لك في ذلك متكلما»، وهو مذهب الحنابلة مطلقا دون اشتراط النظر أو غيره. ينظر: المدونة، ١٠٠/٢، والبيان والتحصيل، ٣٥٤/٤، الفروع، ٣٢٢/٨، والروض المربع، ص٥٣٦. وفي المسألة قول ثالث للشافعية أن النكاح لا ينعقد أصلًا، فلا يصح. ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٩١/١٣.

(٣) قال الماوردي: «لأنه معاوض في حق غيره، فروعي فيه عوض المثل كما يراعىٰ في بيعه لما لها ثمن المثل، وإن لم يراع ذلك في بيعها لنفسها». ينظر: الحاوي الكبير، ٤٠٠/٩.

❊ **فإن قيل:** البخس غير مُسلَّم ؛ فإن المهر لم يكن مملوكًا حتىٰ يقال: بخسٌ به ، لكن امتنع عن تحصيل زيادة ، والبُضعُ ليس بمال حتىٰ يقال: نزل عنه بما لا يساويه في المالية ؛ كما في البيع بالغَبْنِ ، وحاصلُه أنه امتنع عن تحصيل زيادة في المهر لتحصيل مصلحة لها يزيدُ علىٰ المهر مقدارُها ، فإن أنكرتم تصور المصلحة في الغضِّ من المهر في بعض الأحوال ، فقد جحدتم العُرفَ ، وإن سلَّمْتم فَلِمَ يُمنع الأب من تحصيلها لها وهو المشفق الأمين من جهة الشرع ؟![1].

❁ **قلنا:** المصالح لا تعرف إلا ظنًّا ، والخطأ غير بعيد منه ، وحدود الشرع في المقادير معلومة ، فلا يجوز حطُّها بأمور مظنونة ، ولهذا لو باع مالَها بأقل من ثمن المثل من ذي شوكة لمصلحة الاستظهار بحشمته وحراسة جُملة مالِ الطفل بعنايته: لم يجُزْ ، وليس كل مصلحة مفوضةً إلىٰ الأب ، ولذلك لو خالع زوجة ابنه وهي قبيحة شَوْهاءُ مريضةٌ بأضعاف مهر مثلها ، وعُلِم أنه يستغني بمهرها ويَتَذَرَّعُ به إلىٰ نكاح مَن فوقها ، بطَل العقدُ[2].

---

(١) وتحرير هذا المناط أن قاعدة الولاية تقتضي تصرف الولي بما هو أحسن للمولي عليه ، وقد يكون التزويج بأقل من مهر المثل أحسن للمرأة لاطلاع الولي علىٰ الترغيب فيها لهذا الزوج أو غيره ، وأن ذلك يفضي إلىٰ تحصيل أضعاف القدر الذي حطه من المهر ، فيفعل ذلك لتحصيل المصلحة ، حتىٰ لا يؤدي إلىٰ تفويت لمصلحة المرأة. ينظر: تهذيب الفروق ، ٣/١٧٤.

(٢) وقد يجاب عن ذلك: بأن الطريق إلىٰ تحصيل المصلحة لا يكون إلا بالظن ، ولا سبيل إلىٰ القطع بتحقيق مصلحة ما إلا في النادر من الأمور ، والنادر لا حكم له ، فعمل الأب بهذه المصلحة المظنونة معتبر شرعا ، ولا يقال: إن هذا الظن عارَضَ مقاديرَ معلومةً بالشرع ـ أعني مهر المثل ـ وذلك لأن المهر تقديره في الشرع غير مقطوع به ، وبيانه أن الخلاف قد وقع في أقل الجائز منه بين خمسة دراهم وعشرة ، ولا حد لأكثره أيضًا ، ومهر المثل=

❊ فإن قيل: الأصلُ أنَّ النكاح لم يجوَّزْ للأغراض المالية، وإنما جُوِّزَ لمصالح تخُصُّ مقاصِدَ النكاح، وأما الخلعُ فلا يلزم؛ لأن الشرعَ جعَله مِن قَبيل الإسقاطات؛ بدليل أن النكاح بمهر المثل جائزٌ، والخلع لمهرِ المثل ممنوعٌ، وكذلك الكتابة؛ هذا طريقُه؛ فإنَّ الخلْعَ طلاقٌ والكتابةَ إعتاقٌ، وهو إسقاط مَحْضٌ، والمال فِداءٌ مجتَلبٌ علىٰ سبيل الابتداءِ لا علىٰ سبيل العِوَضيَّةِ؛ بدليل أنه جاز جلْبُ ملك العبدِ وإزالتُه بثَمَنِ المثل، وكذلك جلب البُضع بمهر المثل، ثم لا يجوز إزالتُهما بالخلع والكتابة ببدل المثلِ، وأما البيع فمشروع لمقاصدَ ماليَّةٍ، وما عَداها دَخيلةٌ فيه غير مُعتبَرةٍ، فيحافظ علىٰ ما عليه الوضعُ، وغرضُ المال في النكاح دَخيلٌ، وإنما جُوِّز لمصلحة المعيشة وحاجة قضاء الوَطَرِ والتناسُلِ، ولذلك يزوِّجُ مِن ابنِه فيُفَوِّتُ مالَه، ويُحَصِّلُ له البُضعُ الذي ليس بمالٍ، ولكن فيه المصلحةُ؛ فكما جُوِّز النكاحُ بمَهْرِ المِثْلِ لمصلحةِ النكاح لا لغرض الماليةِ؛ فلتُجَوَّزِ الزيادةُ أيضًا لمصلحته، ولإخفاء تصوُّر المصلحة لذلك، ونحن لا نجوِّزُ للأب أن يضُرَّ بابنتِه بينه وبين الله، ولكن لا يُعترَضُ عليه ظاهرًا؛ فإنه أمين الشرع، ونظُنُّ به أنَّه إن فوَّت المهرَ والكفاءة، فقد حَصَّلَ ما يزيدُ عليه/[1]. [٢٤٠/ب]

❁ قلنا: قولُكم: إن المهر غير مقصود في النكاح: باطلٌ؛ يدل علىٰ بطلانه العُرفُ، والشرع قد أكَّده؛ إذ أَلْزَمَ ثبوتَه مع النفي في مسألة التفويضِ،

= يختلف باختلاف النظر أيضا، فدعوىٰ كونَه معلومًا مقدرًا، وأنه يغلُب علىٰ نظر الأب لكونِه مظنونًا: دعوىٰ غير ملزمة أو مسلَّمةٍ. وانظر في الخلاف في أقل المهر وأكثره: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/١٣٦، والحاوي الكبير، ٩/٤٠٠.

(١) ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٢٤٦.

وكيف ومصلحة تتعلَّقُ النكاح به؛ فإنه مسمارٌ للعقد في دَوامِه؛ يَزَعُ الزوج عن المسارعة إلىٰ الطلاق المتضمن للإبانة بعد الامتِهانِ والابتِذالِ، ولزيادة المهرِ فيه أَثَرٌ ظاهر، وأما قولهم: إن الأب يُزيلُ ملكَ الطِّفلِ عن المهر، ولا يُحصِّلُ له مالًا؛ بل يُحصِّلُ له مصلحة المعيشة، فليس كذلك؛ فإنه يُحَصِّلُ له في مُقابلتِه ما يساويه في قيمته، وقد قوَّم الشرعُ البُضعَ، ولا يجوز النُّزول في حقِّ الطفل عن الشيء إلا بمثله، وقد أثبت الشرع المماثلةَ بين البُضعِ وقيمته؛ كما في الأموالِ؛ فإذا زوَّج ابنتَه بأقَلَّ مِن مهر المِثْلِ، فقد نزل عن البضع بما ليس مِثلًا له، وإذا زوَّج مِن ابنِه بأكثرَ مِن مهر المِثْلِ، فقد نزل عن المهر بما ليس مِثلًا؛ فهو البَخْسُ المحقَّقُ، وتوهُّمُ مصلحةٍ لا يظهرُ أثرُها في نُقصانِ مَهْرِ المثلِ وزيادة بَخْس ناجز لأمر موهوم، وذلك لا وَجْهَ له؛ والله أعلم[1].

(١) وقد يجاب علىٰ ما ذكره المصنف: بأنه لا قائل بأن المهر غير مقصود في النكاح كما قرر ذلك هو علىٰ لسان مخالفه، وإنما أبو حنيفة ﷺ يستدل علىٰ مذهبه بأن المهر ليس المقصود الوحيد من النكاح؛ وإنما يثبت معه بعض المصالح والمقاصد الأخرىٰ للمرأة بجانب المهر، ويقوي ذلك النظر أنه ﷺ كان صداقه لنسائه خمسمائة درهم، ومنهم عائشة ﵂ كما في صحيح مسلم (١٠٤٢/٢ رقم ١٤٢٦)، ومعلوم أنه ﷺ تزوجها صغيرة، وأن أباها أبا بكر ﵁ هو وليها، وهذا المهر ليس مهر مثلها؛ إذ هي من أحسب فتيات مكة وأشرفهم رضوان الله عليها وعلىٰ سائر أمهات المؤمنين، فدل ذلك علىٰ أن للولي مراعاة المصلحة، وأن هناك مصالح أخرىٰ للولي النظر فيها بجانب المهر، وقد أشار لذلك الكاساني في بدائع الصنائع (٢٤٦/٢)؛ قال: «والإضرار لا يدخل تحت ولاية الولي، ولهذا لا يملك غير الأب والجد كذا هذا، ولأبي حنيفة ما روي أن أبا بكر الصديق ﵁ زوج عائشة ﵂ وهي صغيرة من رسول الله ﷺ علىٰ خمسمائة درهم، وتزوجها رسول الله ﷺ علىٰ ذلك، ومعلوم أن مهر مثلها كان أضعاف ذلك، ولأن الأب وافر الشفقة علىٰ ولده ينظر له ما لا ينظر لنفسه، والظاهر أنه لا يفعل ذلك إلا لتوفير مقصود من مقاصد النكاح هو أنفع وأجدىٰ من كثير=

❊ مَسْألَة: الوليُّ الأقربُ إذا غاب غيبةً منقطعةً، لم يلي[1] الأبعدَ التزويجَ، ولكن إن مَسَّتِ الحاجةُ إلىٰ العقد، فالقاضي ينوب عن الغائب[2]،

= من المال؛ من موافقة الأخلاق، وحسن الصحبة، والمعاشرة بالمعروف، ونحو ذلك من المعاني المقصودة بالنكاح، فكان تصرفه ـ والحالة هذه ـ نظرًا للصغير والصغيرة لا ضررًا بهما بخلاف غير الأب والجد».

(١) كذا في الأصل؛ بإثبات الياء، والجادة حذفها؛ والمثبت عربي صحيح، ويخرَّج علىٰ وجهين: الأوَّلُ: أنَّه جارٍ علىٰ لغةِ بعض العرب؛ يُجْرُونَ الفعلَ المعتلَّ الآخر (الناقص) مُجْرَىٰ الفعل الصحيح؛ فيجزمون مضارعه ويَبْنُون أمره بِحَذْفِ الحركة المقدَّرة علىٰ حرف العلَّة، كما يَجْزِمُ ويبني جميعُ العرب بحذف الحركة الظاهرة في الفعل الصحيح الآخر، فيقولون في المضارع: لم يَسْعَىٰ، ولم يَرْمِي، ولم يَدْنُو، ويقولون في الأمر: اسْعَىٰ، وارْمِي، وادْنُو؛ وحرفُ العلة علىٰ هذا: هو لام الكلمة.
والثاني: أنَّه من باب الإشباع؛ فإنَّه بنىٰ المضارعِ هنا علىٰ حذف حرف العلة علىٰ لغة الجمهور؛ فصار «فلْيُصلِّ»، ثم أشبَعَ الكسرةَ فتولَّدتْ ياءُ الإشباع، فصارت: «فلْيُصلِّي»، فياء العلة علىٰ هذا زائدةٌ، وليست لامَ الكَلِمَةِ، ومثل ذلك الأفعالُ المعتلَّةُ بالألف والواو في الجزم والبناء، وإشباع الحركات حتىٰ تتولَّد منها حروف علة، لغةٌ لبعض العرب، ويشهد لهذين الوجهين قولُ أبي عمرو بن العلاء [من البسيط]:

... هَجَوْتَ زَبَّانَ ثمَّ جِئْتَ مُعْتَذِرًا مِن هَجْوِ زَبَّانَ لم تَهْجُو ولم تَدَعِ

وقولُ قيس بن زُهَيْر العَبْسي [من الوافر]:

أَلَمْ يَأْتِيكَ والأنبَاءُ تَنْمِي بِمَا لَاقَتْ لَبُونُ بَنِي زِيَادِ

وقولُ عبدِ يغوثَ بن وَقَّاصٍ الحارثيِّ [من الطويل]:

وَتَضْحَكُ مِنِّي شَيْخَةٌ عَبْشَمِيَّةٌ كَأَنْ لَمْ تَرَىٰ قَبْلِي أَسِيرًا يَمَانِيَا

والجادَّة: لم تَهْجُ، وألم يَأْتِكَ، وكأنْ لم تَرَ.
انظر تفصيل ذلك في: أمالي ابن الشجري، ١/١٢٨ ـ ١٢٩، والإنصاف في مسائل الخلاف، ١/٢٣ ـ ٣٠، وسر صناعة الإعراب ٢/٦٣٠، واللباب، للعكبري، ٢/١٠٨، وأوضح المسالك ١/٦٩ ـ ٧٤.

(٢) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ٧/٧٠، والغرر البهية، ٤/١١٨، ومغني المحتاج=

وقال أبو حنيفة: تثبُتُ الولايةُ للأبعد[1]، والمعتمدُ أنَّ الأقرب علىٰ ولايتِه في الغيبة؛ إذ لو زوَّج في غيبتِه نفَذ تزويجُه، وما دام الأقربُ علىٰ حق الولاية لم يكن للأبعد ولايةٌ.

❊ **فإن قيل:** نظرُ الغائب غيرُ منتَفعٍ به في كلِّ كفوٍ يظهر في قُطْرِ المرأة وبَلْدتها، فإنَّ مراجعتَه غيرُ ممكِنٍ، فالعقد غيرُ موقوف بالاتفاق علىٰ مراجعته، فهو مفقودُ النظرِ والولاية؛ بالإضافة إلىٰ هذا القُطْرِ علىٰ وجهٍ افتقَرْنا إلىٰ ناظرٍ وعاقدٍ سِواه، ومهما عجَزْنا عن الأقربِ عجْزًا أحوَجَنا إلىٰ نظرِ غيرِه، كان ذلك الغيرُ هو الأبعدَ دون القاضي؛ كما إذا جُنَّ؛ إلا أن الجنونَ يُعدِمُ النظر علىٰ الإطلاق، والغيبةُ تُعدِمُ إمكان الانتفاع بالنظر علىٰ الخصوص في هذا القطرِ، فالأبعد يزوِّجُ مِن كلِّ كُفوٍ يظهرُ في بلدتها، والأقربُ يزوِّجُ مِن كل كفو يظهر في بلدته، فلا يلتقيان علىٰ الولاية في محلٍّ واحدٍ، فلم يجتمعُ ولايةُ الأقربِ والأبعدِ، وهذا أمتنُ طريقِهم في المسألة.

وحاصله تنزيلُ فَقْدِ النظر في محلٍّ خاصٍّ؛ بالإضافة إلىٰ ذلك المحل الخاصِّ منزلةَ فَقْدِ النظر علىٰ العموم؛ بالإضافة إلىٰ سائر المواضع.

= إلىٰ معرفة ألفاظ المنهاج، ٢٦٠/٤، وهو قول زفر من الحنفية، وقول الإمام مالك. ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، ١٩٥/١، الكافي في فقه أهل المدينة، ٥٢٦/٢، وبداية المجتهد، ١٢/٢.

(١) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١٠٦، والهداية شرح بداية المبتدي، ١٩٥/١، والمحيط البرهاني، ٤٣/٣، والاختيار لتعليل المختار، ٩٦/٣، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: رؤوس المسائل الخلافية، ص٩٩٨، شرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٣٣٤/٢، والروض المربع، ص٥١٦.

۞ **قلنا:** مُسَلَّم أنه مهما ظهر هاهنا كفوٍ لم يُقَفْ علىٰ مراجعته، وذلك عندنا يجري في الغيبة التي ليست منقطعة أيضًا؛ لأن حاجة المرأة في النكاح ناجزةٌ، لا يحتمِلُ التأخيرَ، وللوليِّ حق في الكفاءة والعقد، فاضطررنا إلىٰ توفية الحقَّيْنِ، فإن لم تظفَرْ بالولي فالقاضي نائب عن كل غائب في توفيةِ حقِّه، وفي استيفاء حق الغير منه؛ بدليل أنَّ وكيلَ الغائب في التزويج لو كان حاضرًا يتعيَّنُ تقديمُه علىٰ الأبعد، وإن منعوا ذلك هان إثباتُه، وقد سلَّموا أن الغائب لم ينعزِلْ بالغيبة، فإذا كان الغرض يحصُل بوكيله، فنحن نحتاج إلىٰ نائبٍ، والقضاءُ جِهةٌ في إفادة النيابة عند الحاجة، وليس للأبعدِ محِلُّ النيابةِ واستقلالِه/، وإنما يحدث بانقطاعِ حقِّ الأقرب، وحقُّه في الولاية وطلبُ [٢٤١/أ] الكفاءة لم يسقط بغيبتِه، فلم يستقِلَّ الأبعدُ دونَه، وعلىٰ الحملة مهما سُلِّمَ بقاءُ الولاية مع الغيبة، فالغائبُ ذو حظٍّ، وليس يستوفي حظَّه إلا بنائبه، والقاضي صالحٌ للنيابة دونَ الأبعدِ.

❊ **فإن قيل:** لا نُسَلِّمُ بقاءَ الولاية؛ بل ينعزل بالغيبة، ومهما انعزل الأقربُ انتقل إلىٰ الأبعدِ، وهذا طريقة لهم، ومُعتمَدُهم انقطاعُ النظر؛ فإنَّ رعايةَ المصلحة تُبتنىٰ علىٰ معرفة الأحوال، والمعرفةُ تُستفاد بواسطة البصر عند الحضور، وبالسمع والاستخبار عند الغيبة، ومَهْما انقطعتِ الرفاقُ اندَرَسَتِ الأخبارُ إلا علىٰ نُدورٍ، فينقطِعُ النظرُ وإمكانُ رعاية المصلحة[١].

---

(١) ويضاف إلىٰ ذلك أن الغائب بمنزلة الميت، لأن انقطاعه عن النظر هنا وإن لم يكن حقيقيًّا، فهو حكمي، إذ إنه مع وجودِه علىٰ قيد الحياة إلا أنه لا يستطيع النظر لغيبته، فكان كالميت حكما، ولا خلاف أن الولاية تنتقل في حالة الوفاة إلىٰ الأبعد لا إلىٰ السلطان.
ينظر: بداية المجتهد، ١٢/٢.

❁ قلنا: أسباب الولاية مُطَّرِدةٌ، ومحِلُّ الإشكال النظرُ، وهو غير منعدِمٍ؛ إذ ليس يُفتقرُ فيه إلىٰ معرفة الكفو، ومَهْرُ المثل وما عداه مِن الأحوال لا يتوقفُ صِحَّةُ العقد علىٰ رعايته ومعرفتِه، نعم إن اهتمَّ برعايته عند القدرة فهو المُنىٰ، وما هو الرُّكنُ في النظر لا يُنسىٰ في الغيبة، فإذا تولَّىٰ تزويجَها بمهر مثلها ممن يعرِفُ أنَّه كُفْؤُها، ينبغي أن يصِحَّ، وإذا وَكَّلَ وكان الوكيلُ حاضرًا فلا مانعَ، فاستبان أن عزلَه لا وجهَ له(١).

❊ فإن قيل: ضعُفَ نظرُه بالغيبةِ وإن قرُبَتْ قرابتُه، وقَوِيَ نظَرُ الأبعدِ بالمشاهدة وإن بَعُدت قرابتُه، فقد اعتدلَّا؛ فهلَّا سُوِّي بينهما، وقيل: إنهما جميعًا يَلِيانِ العَقْدَ!

❁ قلنا: الاعتدالُ في هذا المقام لا يُدرَك بكيلٍ ولا وزنٍ، وإنما رَجْمُ ظَنٍّ لا مستندَ له، والجَدُّ العاقل الذي يُستضاء برَأْيِه في المعضلات، قد يُعادِلُ نظرُه نَظَرَ الأبِ السليم القلبِ القريبِ الغَوْرِ، ولكن لما لم تنضبِطْ درجاتُه، نُظِرَ إلىٰ قُرْبِ القرابةِ وأصْلِ النظرِ ولم يسوَّ بينَهما.



❊ مَسْأَلَة: إذا زوَّجها أحدُ الأولياء مِن غيرِ كفوٍ فلِلْباقينَ الاعتراضُ(٢)؛

(١) في كلام المصنف هنا دعوىٰ يتعذر التسليم بها، وهي قوله: «ومحل الإشكال النظر وهو غير منعدم إذ ليس يفتقر فيه إلىٰ معرفة الكفو ومهر المثل وما عداه من الأحوال». فهذه الدعوىٰ متعذرة؛ إذ الغيبة المنقطعة يصعب فيها علىٰ الولي مباشرة ذلك والنظر فيه، ولو سلم ذلك لكان محل الإشكال قائما، ولم يسلم له الخروج عنه والانفِكاكُ منه.

(٢) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ٩/١٩٧، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٧/٨٤، وجواهر العقود، ٢/٨ وهو قول أبي يوسف من الحنفية، وقول الحنابلة. ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٥/٢٦، ورؤوس المسائل الخلافية، ص٩٩٣.

خلافًا له[1].

وحقيقة المسألة لها مركز لا بُدَّ مِن فَهْمِه، وهو أن حقَّ نقضِ النكاح بقطعه أو دَفْعِه من أصله ثابتٌ للأُخُوَّةِ وِفاقًا؛ إلا أن الثابتَ لجميعهم حقٌّ واحِدٌ مُضافٌ إلىٰ جميعهم أم يثبُتُ لكلٍّ واحدٍ علىٰ الكمالِ؟ فأبو حنيفة يقولُ: الثابتُ لجميعهم حقٌّ واحد؛ إذا رضِيَ واحد فقد سقط حقُّه؛ بدليلِ أنه لو أراد الفَسْخَ بعد الرضا لا يجوز، والواحد إذا سقط بعضُه سقط كلُّه ضرورةً؛ إذ لو بقي الباقي لرَفَعَ هذا قولَنا لا يتبعَّضُ، ولو بقي الكلُّ لرفَعَ هذا قولَنا، سقَط حقُّ الذي رضي حتىٰ امتنع عليه الفسخ بعدَه، فهما مُقَدِّمتانِ؛ إحداهما: أن الحقَّ لا يتجزأ، والأخرىٰ: أنه سقط بعضُه. فيُنْتِجانِ نتيجةً ضروريةً، وهو أنه سقَط كلُّه، ونظيرُه القصاص الواحِدُ ثبت لشخصين، فعفا أحدُهما، ولا يُغني عن هذا قولُ القائلِ: إن القصاصَ لم يسقُطْ مجّانًا إلىٰ غير بدلٍ؛ فهذا ينبغي ألا يسقُطَ مجانًا؛ لأن هذا إنما كان يفيد أن لو قلنا: لا يسقُطُ حقُّ مَن رضِيَ، ويبقىٰ له حقُّ الفسخِ؛ فأما بعد الحكم بسقوطِ حقِّه فالحكم بسقوط الباقي ضروريٌّ؛ فإنه سُلِّمَتِ المقدمة الأخرىٰ، وهو الاتحاد، فإذًا مَن سَلَّم اتِّحادَ الحقِّ لزِمَه مذهبُ أبي حنيفة قطعًا، والشافعيُّ يقول: يثبُتُ لكل واحدٍ حقٌّ علىٰ الكمالِ، فإسقاطُ الواحد لا يُسقِطُ حقَّ الباقين؛ كقصاصَينِ علىٰ شخصٍ واحدٍ يثبُتُ لرجلين بقتلَينِ/، وكحقِّ بعضِ [٢٤١/ب] المِلكِ في الشِّقْصِ المشفوع ثبَت لشريكين؛ لا يسقُطُ بعفوِ أحدِهما، وكحقِّ الكفاءة؛ يثبُتُ للوليِّ والمرأة، ولا يسقُطُ برضىٰ المرأة؛ لأن الثابتَ لها غيرُ

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٥/٢٦، وبدائع الصنائع، ٢/٣١٨، والاختيار لتعليل المختار، ٣/١٠٠.

الثابت للوليِّ، وهما حَقَّانِ، وإذا سلم التعدُّدُ لَزِمَ مذهبَ الشافعيِّ قَطْعًا، فمركزُ المسألة إذًا أنَّ الحق متعددٌ أو متَّحِدٌ؛ فسبيلُ تمهيدِ النُّكتة للشافعي أن نقولَ: الحقُّ متعدِّدٌ؛ فإسقاط أحدِ المستحِقَّينِ لا يُوجِبُ إسقاطَ الآخَرِ؛ كمسألة الشُّفْعة والقصاصِ.

❊ **فإن قيل:** لا نسلِّم التعددَ.

۞ **قلنا:** الاتحاد والتعدد في الحق لا يُعرف باتحاد المستحِقِّ وتعددِه، ولا باتحاد المحلِّ وتعدُّدِه، وإنما يُعرف باتحاد السبب وتعددِه، ولذلك يُستحَقُّ علىٰ الشخص الواحد قَصاصانِ، والمحِلُّ مُتَّحِدٌ، وقد يستحقُّ الشخص الواحدُ أيضًا قصاصينِ بسببين مختلفين علىٰ شخص واحدٍ، وإذا بان أنه المأخذُ فنقولُ: السبب متعددٌ؛ لأن السبب هو الأخوَّةُ، وكلُّ أخٍ يُدْلي بأخوَّةٍ كاملة، ليس يقِفُ كَمالُ أخوَّتِه علىٰ وجود الأخ الثاني؛ بل هو علىٰ درجة الكمال؛ وُجِدَ الأخُ الثاني أو عُدِمَ[1].

❊ **فإن قيل:** هذا يبطُلُ بمن قُتِلَ وله أخوانِ؛ إذ القصاص ثبت لهما بسببِ أخوَّةِ القتيل، وكل واحدٍ يدلي بأخوَّةٍ كاملة، ثم لا يستقلُّ باستحقاق

(١) ما ذكره المصنف هنا فيه نظر، فهو أقر بأن الأخوة هي سبب الاستحقاق للأولياء، ثم قال بأن كل أخ يدلي بأخوة كاملة، فدل ذلك علىٰ أن الحق متعدد ليس مشتركا، والحقيقة أن السبب هنا مشترك وهو الأخوة، فالوصف الذي استحق به كل واحد منهم الولاية هو هذه الأخوة، وهو وصف مشترك بينهم، ولا تأثير لكون كل واحد منهم يدلي بأخوة كاملة؛ لأن محل النظر في السبب الذي استحق به كل واحد منهم الولاية، وهذا السبب وصف مشترك، فينبغي أن يكون المعول عليه لا علىٰ تحقق هذا الوصف في كل واحد منهم علىٰ جهة الكما؛، لأن هذا لازم تحقق الوصف فيهم، لا أمر زائد علىٰ الوصف ذاته.

حقٍّ كلٍّ ؛ إذ لو عفىٰ سقَط عن شريكِه.

۞ قلنا: هذه أُغْلوطةٌ لا ينخدع المحصلُ بها ؛ إذ سبب ثبوت القصاص القتلُ ، والقتلُ الواحِدُ لا يوجب إلا قصاصًا واحدًا ، والقتل لا يتعدَّدُ بتعدُّدِ مَن يثبُتُ له القصاصُ ، والقصاص يثبت للقتيل تقديرًا ، وينتقل إلىٰ الأخوَينِ إرْثًا بطريق التلقِّي ، فإنما يتلَقَّيانِ منه ما يثبُتُ له ، والثابت له واحدٌ ، والتلقي بناء علىٰ المثالِ السابق لا يُوجِبُ فيه تعددًالم يكُنْ ، وأما الإخوةُ لم يثبُتْ لهم ولايةُ النكاح بطريق الإرث والتلقي مِن الأب حتىٰ يقالَ: إذا كان الثابتُ للأبِ واحدًا ، كان الحق بعد النقل باقيًا علىٰ وصف الاتحاد.

❊ فإن قيل: لا نسلِّمُ إدلاءَ كل واحد يُدْلي بأخوَّةٍ غيرِ أخوَّةِ صاحبه ؛ بل الأخوة صفة واحدة يُدْلي بها الأشخاص المتعددة فتوجب الأخوَّةُ الواحدة للمُدْلينَ بها حقًّا واحدًا ؛ إذ الأخوَّةُ عبارة عن بنوَّةِ الأب ، وبنوَّة الأبِ عبارة عن النِّسبةِ إليه ، والتعلق ببعضيَّته ؛ فإدلاؤهم إلىٰ الأخت بواسطة الأب لا بأنفسهم ، فيجمعهم الأبُ الواحدُ كما يجمع الحَبْلُ الواحد جمعًا يتعلقون به ، وهو سببُ نَزْحِ الماء في حقهم مثلًا ، فيكون السببُ والمتعلقُ واحدًا ، وأشخاصُ المتعلقين متعددةٌ ، فكذلك إدلاؤهم إلىٰ أختِهم بتعلُّقِهم ببعضيَّةِ مَن هو أصلٌ جامعٌ للجميع ، فكُلُّهم بالإضافة إلىٰ الأبِ في حُكم البعضِ ، ويُعبَّرُ عن هذا بصيغةٍ أخرىٰ ، وهو أنَّ الإخوةَ وإن لم يأخُذوا الحقَّ عن الأبِ بطريق النقل والتلقي ، ولكن يثبُتُ لجميعهم ابتداءً عند فَقْدِ الأب ما كان ثابتًا للأب عند وجوده ؛ بسبب أنهم بأجمَعِهم أبعاضُه ، فقُرْبُهم لا يزيدُ علىٰ قُرْبِ الأب ؛ لأنهم أبعاضه ، فما ثبت لهم بعلَّةِ بعضيَّةِ الأب ،

لا يزيد علىٰ ما كان ثابتًا للكلِّ الجامعِ للأبعاض؛ أعني الأبَ، والثابتُ له ـ وهو مُدْلٍ بنفسِه واحِدٌ، فكيف يثبت لأبعاضه أعدادٌ مِن الحقِّ؟! وهم/ بأجمعِهم دونَه في الرُّتبةِ، ولم يكُنِ الحقُّ متحدًا للأب لاتحاد شخصه؛ إذ الاتحادُ يُتلقي مِن اتحاد السبب لا مِن اتحاد المستحقِّ، وسببُ جميعِ الإخوة دونَ سببِ الأب، فكيف يزيدُ حقُّ جميعِهم علىٰ حقه في نفسه؟!

٢٤٢/أ

❁ قلنا: الأخوة هو السببُ، وهو بُنوَّةُ الأب والانتسابُ إليه، والنُّسبةُ بالبعضية علَّةٌ كاملةٌ في الاستحقاق، فإن أَدْلىٰ به شخص واحد كمُل حقُّه، وإن أدلىٰ به جماعةٌ تعددت النسبةُ، فيتعددُ الحُكمُ؛ كالشركة هي عِلة حقِّ الشُّفعةِ، ثم الشركة يتعدد حُكمُ الإيجاب فيها بتعدُّدِ الشريك، فإذا بيعَ نِصفُ الدار وفيها شريكان لأحدهما السُّدُسُ والآخَرَ الثلثُ، فذو الثُّلث لا يستحق إلا ما يستحقه صاحبُ السدُسِ؛ علىٰ أصلهم، وهو أَقْيَسُ قَوْلَيْنا، ثم لو أدلىٰ بالثلث شخصان ساوىٰ كل واحد صاحِبَ السدسِ، وكذلك الجِراحتان مِن شخص، والجراحةُ من شخص يتساويان في تَنْصيفِ الديَةِ، ولو توزَّع الجِراحتان علىٰ شخصين، فتزيدُ حِصَّةُ الجراحتين علىٰ حصة الجراحة الواحدة؛ لتعدُّدِ صاحب السبب؛ فكذلك ما نحن فيه، والمثال القريب القاطِعُ لِدابِرِ الاحتمال: أن مَن قَذَف أمَّ جماعةٍ بعدَ موتها، ثبت للبَنينَ حدُّ القذف، فلو عفا واحدٌ فَلِكُلِّ واحِدٍ مِن الباقينَ الحقُّ علىٰ الكمال عندهم؛ لأن كل واحد يُدلي ببنوَّةٍ كاملة، فكمُلَ حقُّه بسببِه، وما نحن فيه موازِي له بعينِه مِن غيرِ فَصْلٍ، ومن أراد عن هذا المسلك عُدولًا، واستشعر فيه غُموضًا، أمكنه فرضُ الكلامِ في إبطالِ العَقْدِ ودَفْعِه، فيقول: نكاحٌ تضمَّنَ افتياتَ حَقِّ الكفاءة علىٰ ذي حقٍّ فيه، فلا ينعقِدُ؛ قياسًا علىٰ ما إذا وضعت

نفسَها تحت مَن لا يُكافئها، وإذا منعوا الأصل نقلنا إليه وبيَّنَّا وجهَ تقريرِه في مسألة النكاح بلا وليٍّ، وإن وجهوا المطالبة علىٰ العلة، وقالوا: النكاح الصادر من الولي برضىٰ المرأة صادرٌ مِن أهله ومُصادِفٌ مَحِلَّه، ومُستجمِعٌ أركانَه؛ فلا سبب للبطلانِ إلا فَوْتُ حقِّ الكفاءة في حق أحَدِ الأولياء، وهذا يوجِبُ إثباتَ طريقِ الدفع له، ولا يوجب بطلانَ العقدِ، كيف وحق الكفاءة في حقِّه فات بضرورةِ فواته في حقِّ الوليِّ الراضي؛ لأنَّه لا يتجزأ؟! فعاد الكلام إلىٰ ما سبَق، فإنَّ فَوْتَ حقِّ الغيرِ لضرورةِ فواتِ حقِّ مُستحِقٍّ آخَرَ: غيرُ ممنوعٍ شرعًا، وإنما الممنوع مباشرةُ تفويت حقِّ الغير، ولم يَفُتْ حقُّه بمباشرة التفويت من المزوِّجِ؛ وإنما فات ضرورةً لفواتِ حقِّه كما سبق، فنقولُ: الأصل أنَّ حقَّ الغير لا يفوتُ، ولكنِ الحقُّ الواحد إذا أسقط بعضُه، احتمل أن لا يسقُطَ ما أسقط؛ حِذارًا من التجزؤ، واحتمل أن يَسقُطَ الباقي أيضًا؛ حِذارًا من التجزؤ، والشرعُ غلَّب جانبَ الإسقاط في القصاص والعتق، وحيث لا يتضمن تعطُّلَ الحقِّ وفواتَه إلىٰ غير بدلٍ، وهاهنا لو فات لتعطَّلَ، فبطَل إسقاط المسقط صيانةً للحق عن التبعيض، وفائدته أنه بعدَ الرضا بهذا العقل الذي حَكَمْنا بفساده، لو امتنع مِن الرضا به جاز له ذلك، وهذا لم يتمكَّنْ مِن المصير إليه إذا سلَّمْنا انعقاد العقد؛ إذ لا خلاف أنه لا رجوعَ له بعد الرضا؛ فهذا فائدةُ الفَرْضِ في فساد أصل العقدِ ليستمِرَّ هذا مع تسليم اتحاد الحق.

❊ فإن قيل: الأصل/ أن مَن أَسْقَطَ حقَّه، سقَط حقُّه، وقد أَسْقَط مَن [٢٤٢/ب] رضي.

۞ قلنا: والأصل أنَّ مَن لم يُسقِطْ حقَّه يبقىٰ حقُّه، ولم يُسْقِطِ الثاني، ولا بدَّ مِن ارتكاب أحد الأصلين، وقد عُهد من الشرع المنعُ مِن التصرفِ؛ حِذارًا للأضرار بالغيرِ، ولم يُعهد تسريةُ الإسقاط إلىٰ حق الغير علىٰ وجهٍ لا يثبُتُ له بَدَلٌ، فكان ما ذكرناه أَوْلىٰ، والله أعلمُ.



مَسْألة: الولي لا يتولىٰ طرفي العقد، فلا يزوِّج من نفسه بالقضاء والولاء وبنوة العمِّ(١)؛ خلافًا لأبي حنيفة(٢)، والمعتمد أن التزويج فعل

---

(١) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٤٠/١٢، والوسيط، ٧٨/٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٧٠/٧.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، ٢٣١/٢، والاختيار لتعليل المختار، ٩٧/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٩٦/٢، وهو مذهب المالكية أيضا. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٤٢٢/٢، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٤٣٩/٣، وفي المسألة تفصيل عند الحنابلة ولها ثلاث صور: إحداها: الجواز بلا نزاع، وهو ما إذا كان الولي مجبرًا من الطرفين، كما إذا زوج أمته بعبده الصغير، أو زوج الوصي في النكاح صغيرة بصغير كلاهما في حجره، ونحو ذلك، إذ لا إذن فيشترط، وقيل: يختص الجواز بما إذا زوج عبده أمته، لأنه يتصرف بحكم الملك.

الصورة الثانية: عدمه بلا نزاع، وهو ما إذا كان وليًا لامرأة مجبرة كعتيقته وبنت عمه المجنونتين، فإنه لا يجوز أن يتزوجهما، لشدة التهمة في ذلك، لتعذر الإذن منهما، فهو كوصي اليتيم يشتري من ماله، فعلىٰ هذا لا يملك أن يتزوجهما إلا بوليٍّ غيره من العصبة إن كان، وإلا فبولاية الحاكم، ولا يملك ذلك بوكيله علىٰ الأصح، لأنه قائم مقامه، ونائب منابه.

الصورة الثالثة: ما عدا ذلك؛ وهو ما إذا كانت المرأة لها إذن معتبرة، فهل لوليها أن يتزوجها بإذنها وولايته، أو لا بد أن يوكل في أحد طرفي العقد؟ فيه روايتان: أشهرهما: وأنصهما وهي التي اختارها الخرقي، وابن أبي موسىٰ، وأبو حفص البرمكي، والقاضي في تعليقه، والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما، ونص عليها أحمد في رواية ثمانية من=

شرعي، والشرعي يثبُتُ علىٰ مثال الحِسِّيِّ، والأفعالُ الحسية المتعدِّية تنقسم إلىٰ ما يتعدَّىٰ إلىٰ مفعولين، وإلىٰ ما يتعدىٰ إلىٰ مفعول واحد، والمتعدي إلىٰ المفعولين كالإعطاء؛ فإنك تقول: أعطيتُ زيدًا درهمًا، فلا يُعقل وجودُ الفعل إلا بثلاثة أركانٍ؛ فاعل، ومفعول هو المعْطَىٰ، ومفعول آخر، فهو المعطىٰ إليه، فلو اتَّحد الفاعل وأحدُ المفعولين لم يعقلْ؛ كما لو اتحد المفعولان لا يُعقل، ولو قال: أعطيت زيدًا درهمًا؛ وأراد بـ«زيد» نفسَه، وأنه أعطىٰ نفسه، لم يُعقلْ؛ فكما لا يعقل له أن يعطيَ نفسه؛ فيكونَ فاعلًا مُعطيًا ومفعولًا مُعطىٰ منه، لم يعقل أن يزوجَ مِن نفسه؛ فيكونَ فاعلًا مزوجًا ومفعولًا مزوَّجًا منه، وهو أمر معقولٌ مستغنٍ عن الاستشهادِ، ومن رغب في شاهدٍ فلا خلاف أن الوكيل بالبيع لا يبيع مِن نفسه، وعلتُه التناقضُ الذي ذكرناه.

❊ **فإن قيل**: التزوُّجُ حاصل مِن جهته، والتزويج حاصلٌ من جِهة المرأة حقيقةً، وإن صدرت العبارة منه صورةً.

۞ **قلنا**: هو باطل؛ لأن المرأة عندنا لا تملك فِعْلَ الترويج، فيستحيل إضافته إليها، ثم يؤدي إلىٰ أن تكون هي المزوِّجةَ والمزوَّجةَ؛ فإنها أحَدُ مَفْعَولَيِ التزويج؛ فإنه يستدعي متزوِّجًا ومزوَّجة ومزوَّجًا منه.

❊ **فإن قيل**: فالوكيل مِن جهة الولي بالتزويج من نفسه ينبغي أن يزوِّجَ مِن نفسه؛ لأن للولي فِعْلَ التزويج فيمكن الإضافة إليه، وليس الولي مزوجًا حتىٰ يتَّحِدَ الفاعل والمفعول؛ كما في المرأة.

= أصحابه لا يجوز. ينظر: الهداية، ص٣٨٦، والفروع، ٨/٢٢٨، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٢/٣٢٩، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٨/٩٦.

۞ **قلنا**: من أصحابنا مَن قال: ينعقِدُ، وإن سُلِّمَ فهو عكسٌ لا يلزمُ، وبُطلانُ العقد فيه بعِلَّةٍ أخرىٰ، وللأصحاب في المسألة طُرقٌ وعِللٌ، وهذا الطريق انقَدَحَ لنا تحريرُها، ولم نُسْبَقْ إليها، وهي جارية في تزويج الولي مِن نفسه، وعليه نصُّ الشافعي، ولم ينصَّ علىٰ مسألة الوكيل، ثم الجواب أن التزويج صدَر من الوكيل حِسًّا، والموكل ساكت أو نائم، فكيف يقالُ: التزويج فعلُه؟! وهو خِلافُ الحِسِّ كما بيناه وخلاف الشرع؛ فإنه لو قال: والله لا أزوِّجُ؛ فزوَّج وكيلُه لم يحنَثْ، والوكيل إن حلف ألا يزوِّجَ؛ فزوج بالوكالة حنَث؛ فدل أن التزويج فِعْلُ الوكيل حِسًّا وحقيقة وشرعًا.

❊ **فإن قيل**: يبطلُ بالأب فإنَّه يبيعُ مالَ الطفل من نفسه، والبيع يستدعي بايعًا ومبيعًا ومبيعًا منه، وقد اتحد البائع والمبتاع.

۞ **قلنا**: البيعُ مِن الأبِ واردٌ نقضًا علىٰ كلامكم؛ فإنكم منعتم الوكيل مِن أن يبيع من نفسه أيضًا؛ لأن الوكيل بالشِّرَىٰ يقَعُ المِلكُ له، فيكون قد انتقل/ منه إليه، ولا يعقل اتحاد المنقول إليه والمنقول منه[1]، والأبُ نقضٌ علىٰ هذا الكلام، كما هو نقضٌ علىٰ كلامنا، وكلٌّ مضطر منا إلىٰ أن نعترِفَ بخاصية للأب لا يشاركه غيرُه فيه، ونحن نذكر فيه وجهًا معقولًا، وهو أن فِعْلَ البيع وإن صدر من الأب حِسًّا، فكأنه صادرٌ مِنَ الابن شرعًا، وإنما فعل الشرع ذلك في حق الأب خاصةً لمعنيين؛ أحدهما: قيام البعضية بينَ الأب والابن، وما يصدر من البعض فإضافته إلىٰ الكلِّ مُحالٌ في الحقائق، فلم يبْعُدْ أن يضاف إلىٰ الابن فِعْلٌ مِن بعضِه، والداعي إلىٰ اتباع ذلك بعد

[١/٢٤٣]

(١) ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٢٣٢.

ما لاح لحقيقتِه في المعقولِ وجهُ عمومِ الحاجةُ إلىٰ بيع مال الطفل والبيع منه، ولو كُلِّف الأبُ الرجوعَ في كل واحد إلىٰ القاضي لطال الأمر، وتعذَّر التجارة والاسترباح، وقد يليق بمصلحة الصبي إخفاءُ أمواله وتصرفاتِه، فتأكدت الحقيقة بالحاجة، وهم مضطرون إلىٰ تعليل استثناء الأب عن بيع الوكيل في نفسه بمثل ما ذكرناه؛ فقد اندفع الإشكال عنا إذا استوت الأقدام في دفعه.

وعلىٰ الجملةِ حَمْلُ ذلك علىٰ الاستثناء لحاجةٍ خاصَّةٍ اقتضت الاستثناءَ أَوْلىٰ مِن دَفْعِ أصل الحقيقة به؛ مع أنه لو قيل به لا نتقض ببيعِ الوكيل مِن نفسه[1].

❊ **فإن قيل:** فما قولُكم في الجدِّ؟

۞ **قلنا:** يتولَّىٰ طرفي البيعِ؛ لأنه في معنىٰ الأبِ، وتردَّدْنا في توليتِه طَرَفِي النكاح لوجود أحَدِ المعنيين، وهو البَعْضيَّةُ وفَقْدُ المعنىٰ الثاني، وهو عموم الحاجة بتكرُّرِ البِيَاعاتِ وعُسْرِ المراجعة، ووَجْهُ التردُّدِ بيِّنٌ[2].

(١) قال الإمام الجويني في تحرير الفرق بين تولي الأب طرفي العقد لابنه الصغير وتوليه طرفي النكاح: «ولكن استثنىٰ الشرع من ذلك تصرفَ الأب في مال الطفل؛ فيجوز للأب أن يبيع مال نفسه من طفله، ويقبل العقد له، ويجوز أن يبيع مال الطفل من نفسه، ويجوز أن يبيع مال الطفل من طفل آخر له، ويقبل العقد، فهذا مسوَّغٌ لكمال شفقته، والحاجة أيضًا قد تمس إلىٰ ذلك، ويعسر حمل الأب علىٰ مراجعة الوالي فيما يجِلُّ ويدِقُّ من تصرفات الأموال؛ فاقتضىٰ مجموعُ ذلك اختصاصَ الأب لما ذكرناه، والإجماع يغني عن تكلف ما ذكرناه». ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٢/١٤٢.
والذي يظهر من كلام الجويني والمصنف نفسه أن العلة في التفريق هي الضرورة الداعية إلىٰ ذلك في المقام الأول، وفي التمسك بهذا مدخل للحنفية وغيرهم في إجازة تولي طرفي العقد؛ إذ الضرورة لا محدد لها شرعا في مثل ذلك، فيختلف فيها التقدير.

(٢) قال المطيعي: «وإن أراد الجد أن يزوج ابنه الصغير بابنة ابن له آخر ففيه وجهان أحدهما:=

❊ **فإن قيل:** فالإمام الأعظم لم يزوِّجْ مِن نفسه.

۞ **قلنا:** فيه تردُّدٌ؛ منهم من قال: هو لا يساوي الأب لا في البعضية ولا في عموم الحاجة بتكرُّرِ العقد، فلم يكُنْ في معنىٰ الأب المستثنىٰ، ومنهم من قال: قوة رتبة الإمامةِ لا تتقاعَدُ عَن قوةِ الأبوةِ، وكأنَّ الإمامَ كُلٌّ وكافَّةُ الرعيةِ أَبْعاضُه، وقوةٌ ضرورية في النكاح تُقاوِمُ عموم حاجة الأب في البيع، فهو في معناه، وعلينا أن نسلُكَ مِن مواقع الخلاف ما يستقيم علىٰ السَّبْرِ مِن الوجهين، والله أعلم(١).



مَسْألة: السيِّدُ لا يجبُرُ عبدَه علىٰ النكاحِ في القول المنصور في الخلاف(٢).

= لا يصح، وهو اختيار ابن القاص لقوله ﷺ «لا نكاح إلا بولي وخاطب وشاهدي عدل»، والثاني: يصح، وهو اختيار ابن الحداد والقاضي أبي الطيب؛ لأنه يملك طرفي العقد بغير تولية، فجاز أن يتولاه ههنا كبيع مال الصغير من نفسه، وأما الخبر فمحمول إذا كان الولي غير الخاطب، فعلىٰ هذا لا تصح الولاية إلا بشروط:

أحدها: إذا كان أبواهما ميتين أو فاسقين أو أحدهما ميتًا والآخر فاسقًا؛ لأنه لا ولاية للجد الرشيد عليهما مع ثبوت ولاية الأبوين عليهما.

الشرط الثاني: أن يكون ابن الابن صغيرًا أو مجنونًا.

الثالث: أن تكون الابنة بِكرًا، فأما إذا كانت ثيبًا فلا يملك تزويجها بحال إلا بإذنها، وقد اشترط ابن الحداد أن تكون صغيرة، وليس بصحيح؛ لأن الجد يملك إجبارها علىٰ النكاح إذا كانت بكرًا بكل حالٍ؛ إلا أن تكون الابنة مجنونة، فيملك الجد إجبارها علىٰ النكاح بكل حال». ينظر: تكملة المجموع، ١٦/١٧٧.

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ٩/١٨٩.

(٢) وجواز الإجبار هو القول القديم، أما منعه فهو القول الجديد، وعلىٰ القولين معا لو كان=

خلافًا له[1].

فنقول: ولاية الإجبار إمَّا أن تثبُتَ ابتداء مِن جهة الشرع، أو بناءً علىٰ منصوص بالإلحاق؛ علىٰ ما قرَّرْنا مَسْلَكَ السَّبْر في المسائل السابقة، ولا نصَّ ولا أصلَ يُقاسُ عليه؛ فإن المِلْكَ ليس في معنىٰ القرابةِ، وليس هذا تصرفًا منه لنفسه حتىٰ يُنزَّل منزلةَ بيعِه العبدَ وإجارتِه، فإنَّه يُمَلِّكُ العبدَ بُضْعًا،

= السيد مولىٰ عليه لصغر أو سَفَهٍ، لم يكن لوليه إجبار عبده علىٰ النكاح قولًا واحدًا. وهذا الخلاف في العبد البالغ، أما العبد الصغير فقد ذكر الماوردي جواز إجباره قولًا واحدًا، وقال الجويني: «فأما العبد الصغير، فإن قلنا: إنه يُجبَر البالغُ، فالصغير أولىٰ، وإن قلنا: لا يجبر البالغ، ففي إجبار الصغير قولان، إن شئنا بنيناهما علىٰ المعنيين في البالغ، فإن قلنا: لا يجبره؛ لأنه يملك الطلاق، فالصغير لا يملك الطلاق، وإن قلنا: يُلزم ذمته مالاً، فكذا الصغير؛ فإنه لا يملك إجباره علىٰ الكتابة، والأَولىٰ: توجيه القولين في الصغير بالصغر، فإن قلنا: يجبره، اعتبرناه بالصغير الموْلي عليه، والسيد بالأب والجد، وإن قلنا: لا يجبره؛ فلأن السيد لا ينظر لعبده، وإنما ينظر لملكه، والنكاح لا يرد علىٰ محل ملكه، وكذا الحاكم في المجنون». ينظر: الحاوي الكبير، ٧٤/٩، ونهاية المطلب في دراية لمذهب، ٦٢/١٢، والوسيط، ٩٧/٥، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٢١٧/٩، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١٠٢/٧.

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٦٤/٢، والدر المختار، ١٧٢/٣، والفتاوىٰ الهندية، ٣٣١/١، وهو مذهب المالكية، وقيدوه بما ليس فيه إضرار للعبد، وبألا يكون فيه شبهة حرية، قال خليل: «وجبر المالك أمةً وعبدًا بلا إضرار، فلا يجبر الأمة الرفيعة علىٰ النكاح من قبيح المنظر، ولا يجبر العبد علىٰ النكاح بمن صداقها يضر به، ولكن يقيد جبر السيد لرقيقه بمن ليس فيه شائبة حرية، فلا يجبر أم الولد ولا مكاتبة ولا مدبرا ولا مدبرة». ينظر: البيان والتحصيل، ٤٦٥/٥، وبداية المجتهد، ٥/٢، وشرح مختصر خليل، ١٧٤/٣، ومذهب الحنابلة منع الإجبار في العبد البالغ، أما العبد الصغير ففيه وجهان، والمقدم في المذهب جواز إجباره. ينظر: المغني، ٤٢٤/٩، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٣٥١/٢، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٦٣٤/٢.

ويلزم ذمَّته مالاً ، فهو راجع إلىٰ العبد لا إليه ، وليس به مستصلحًا مُلْكُه ؛ إذ الصلاحُ بالوطءِ، وهو غيرُ مُجْبَرٍ عليه ؛ بل هو قادر علىٰ الطلاق، ثم الصلاح في استرضائه لا في إجباره مع إبائِه ، لم يبقَ إلا مأخذُ الولاية علىٰ الغير ، ولا سبب إلا ملكُ الرقبةِ، ولا بُدَّ مِن دليل يدل علىٰ كَوْنِ مِلكِ الرقبةِ سببًا للولاية ، ولا أصلَ يُتخيَّلُ الاقتباسُ منه إلا بتزويج الأمة ، وهو معتمَدُ الخَصمِ ؛ فإنه يقول: ولاية الإجبار علىٰ الأمة لا مُسْتَنَدَ لها إلا مِلْكُ رقبتِها ، والعبد في معنىٰ الأمة في ملك الرقبة ؛ كما أن الابن في معنىٰ البنت ؛ بالإضافة إلىٰ الأبوة ، ولنا في قطع الجَمْعِ مسلكان ؛ أحدهما: ألا نُسلِّمَ أن ذلك من قَبيلِ ولاية الإجبارِ ؛ بل هو تصرُّفٌ منه في مِلك نفسه ؛ كالإجازة ؛ فإنَّ مُتْعَةَ الأمة مملوكةٌ له ، فله النقلُ إلىٰ الزوج ومعقودُ النكاح عليها مِلكُ المنفعة[1] ، ومقصود النكاح علىٰ العبد الزامُ ذِمة المالِ وتحصيلُ ملك النكاح له ، وليس للسيدِ أن يُلْزِمَ ذِمةَ العَبدِ مالًا ، ولذلك لا يجبُرُه علىٰ الكتابة ، وعن هذا نحترِزُ ، ونقول: تصرُّفٌ يُلْزِمُ ذَمةَ العبد مالًا ، فلا يستقل السيدُ به كالكتابة[2] .

❊ **فإن قيل**: لو كان هذا نفلًا لكان الثابتُ للزوجِ مِلْكَ يمينٍ ، ولبَقِيَ علىٰ الوصف الذي كان في حق السيد ، وقد أفاد في حق الزوجِ الطلاقَ

---

(١) كذا في الأصل ، وصححت في الحاشية إلىٰ: (المتعة) .

(٢) ويجاب عن ذلك بأن جواز إجبار الأمة الذي قال به الشافعية ليس لكونه يملك متعة الأمة ـ أي البضع ـ بل لأنها مملوكة له رقبة ويدًا ، ولا تأثير لملك البضع فيه ولا لعدمه ، ودليله أنه ليس له أن يزوج امرأته وإن كان يملك بضعها ، وله أن يزوج ابنته وإن كان لا يملك بضعها. وبهذا التقرير يبطل التفريق بين الأمة والعبد ، ولزم التسوية بينهما في حكم الإجبار. ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ٢/١٦٤ .

والإيلاءَ والظِّهارَ وسائرَ التصرفات، وعَقْدُ مِلك اليمين لا يفتقر إلىٰ الشهادة وسائرِ الشرائط، فدلَّ أنه إثبات رق فيها لم يكن قبل النكاح؛ كتزويج الحرَّةِ نفسَها، فإنها لا تنقُلُ إلىٰ الزوجِ مالَها علىٰ نفسها؛ إذ ليس لها علىٰ نفسها مِلكُ النكاحِ؛ بل تضرِبُ علىٰ نفسِها رقًّا لم يكن، ولذلك يملك تزويجَ الأختِ من الرضاع ولا يملك متعتَها، ولا يملِكُ الزوجُ تزويجَ زوجته ويملِكُ متعتَها، فدل أنَّ هذا ليس تصرفًا في المِلك.

❁ قلنا: المنقولُ إليه ملكُ المتعةِ، ولكن إذا ملك المتعةَ بعقد مقصود فله أحكام خاصة لا تثبت إذا ملك تبعًا، وذلك مما لا يبعُدُ، فلا يملِكُ بتحويل القصد إليه كما يملك تابعا، وكذلك قالوا: المستأجر لا يحِلُّ له الإجارةُ بأكثر مما استأجره، والمالكُ الذي ملَك المنافعَ تبعًا له الإجارة بما شاء، فجملة الأحكام يُحالُ علىٰ كونِه مقصودًا، وأما الأخت من الرَّضاعِ فمتعتُها مملوكةٌ له؛ بدليل أنه يُصرفُ المهر إليه إذا وُطِئَتْ بالشُّبهةِ، لكن حرُم عليه الاستيفاءُ لأخوَّةِ الرضاع، وذلك مخصوص به، وهذا المسلك وإن أمكن تمشيتُه والجدَلُ غالبٌ عليه، والإنصاف يقتضي عند ملاحظة أحكام النكاح بأنَّ الثابتَ للزوج غيرُ الثابت للسيِّدِ مِن أمته، وليس المنقول إليه ما كان له، والأَمْتَنُ المسلك الثاني، وهو أن نسلِّمَ أن هذه من قَبيل الولاية علىٰ الغير، ولكن أثبتها لمن له ملكُ الرقبة وملكُ المتعة جميعًا، والثابت للزوج إن لم يكن هو الثابتَ للسيِّدَ، فلا يُنكرُ أن ملك المتعة من مقاصد النكاح، وإن لم يكُنْ هو كلَّ المعقودِ والمقصودِ، فإذا جاز أن يُحالَ تصرفٌ يوجب ملكَ المتعة علىٰ ملك الرقبة وإن لم يكُنْ عَيْنَه، لِمَ[1]

---

(١) كذا في الأصل؛ بحذف الفاء من جواب الشرط، والجادة إثباتها، والمثبت جار علىٰ من=

لا يجوزُ أن يُحالَ علىٰ ملك الرقبة والمتعةِ جميعا؛ وإن يكُنِ التصرف راجعًا إليهما جميعًا، فإنه علىٰ الجملة باذلًا مزيدَ خاصيةٍ، وإذا نِيطَتْ ولايةٌ بالإدلاء بخاصيتين، فَلِمَ يُناطُ بأحدهما، وكأنَّ الشافعيَّ مترددٌ في أن مناط الولاية الرقبةُ علىٰ التجردِ أو ملك الرقبةِ مع ملك المتعةِ، فلأجله تردَّدَ قولُه، وتقدير ملك المتعة مضمومًا إلىٰ ملك الرقبة في الاعتبار ليس بعيدًا عن النظر؛ إذ ينقدِحُ علىٰ الجملةِ أن يُقالَ: لم يَتَسَلَّطِ الزوجُ عليكِ بإجبار السيِّدِ إلا علىٰ الاستمتاع وإلزامِ قَعْر البيتِ مع النفقة، وهذا كما كان السيِّدُ يستقلُّ به، وليس يطَّرِدُ مِثلُ هذا الكلام في العبد؛ فهذا هو المأخَذُ، والمسألةُ محتَمِلةٌ/ ؛ ولأَجْلِه اضطرب قَوْلُ الشافعيِّ فيه[1]. [٢٤٤/أ]



= يجيز حذف الفاء من جواب الشرط مطلقا، وهو مذهب ابن مالك وغيره، ينظر: كتاب سيبويه، ٦٥/٣، وشواهد التوضيح، ص٢٨٨ ـ ٢٨٩، ومغني اللبيب، ص١٧١، وأوضح المسالك، ١٩٠/٤ ـ ١٩١، وشرح الأشموني، ٢٦١/٣ ـ ٢٦٥، وهمع الهوامع، ٥٥٥/٢ ـ ٥٥٦، وخزانة الأدب، ٥٢/٩، وتاج العروس، ٣٩٣/٢٠، وفتح الباري لابن حجر ٣٦٦/٥.

(١) ويبدو أن هذا الاضطراب لا عاصم منه؛ إذ كل ما ذكره المصنف ﷺ من تفريق بين العبد والأمة فيه مدخل ورد، وقد ذكرنا في التعليق السابق إبطال التفريق بملك البضع، والمسألة محتملة كما ذكر المصنف، وقد ذكر البعض أن ملك السيد علىٰ العبد يتعلق بماليته، وما بقي علىٰ أصل الآدمية مما هو من خواص الآدمية لا يدخل في هذا الملك، والنكاح منها، فلا يدخل عليه الملك؛ فلا يجبره عليه لأجل ذلك، ولا يخفىٰ أن هذا التعليل أيضا يستند علىٰ مقدمة ثانية وهو التفريق بين الأمة والعبد حتىٰ لا تطرد هذه العلة في الأمة، ولا يكون التفريق إلا بسلب هذه الخاصية من الآدمية من الأمة، ويكون عن طريق إثبات ملك البضع للسيد، وقد تبين بطلان ذلك في التعليق السابق وأن ولاية الإجبار لا علاقة لها بملك البضع. فتبقىٰ المسألة علىٰ إشكالها، ويبقي مذهب الحنفية أكثر اطرادا للتسوية بين العبد والأمة في الإجبار.

❀ **مَسْأَلَة: لا ينعقِدُ النكاح بلفظ التمليك والبيع والهبة، وإنما ينعقِدُ بالإنكاح والتزويج ومعناهما الخاصِّ بكلِّ لسانٍ**[1]، وقال أبو حنيفة: ينعقِدُ بكلِّ لَفْظٍ يُنْبِئُ عَنِ التمليكِ[2]، والمعتمد: أن مقصود النكاح من أغمَضِ ما يُطَّلَعُ عليه، وطال فيه نَظَرُ الفقهاء، واضطربت مسالكهم، وهو على الجملة ينطوي على مقاصِدَ غريبة، لا تُعرِبُ عنها العباراتُ الموضوعةُ لسائر العقود، والشرعُ نَصَبَ عبارتَي التزويج والإنكاح، وهما لا يُنبئانِ عن مقصودٍ على قياسِ وَضْعِ اللغة، فإنما انعقد العقدُ بهما بتَحَكُّمِ الشرع، فما عداه في الألفاظ لا يقومُ مَقامَه صريحًا، وغايتُه أن يكون محتَمِلًا، والمحتمِلُ لو كان صالحًا لانعَقَدَ بلفظِ الإجارة والإحلالِ.

❊ **فإن قيل**: العِبارةُ لا تُرادُ لعينِها، وإنما تُراد للدَّلالةِ على المعنى، واللفظُ يدلُّ على الشيء بطريق الحقيقة مرَّةً، وبالمجاز أخرى، والمجاز في

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٩/١٥٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٢/١٧٠، والوسيط، ٥/٤٤، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣/١١٨، وهو قول سعيد بن المسيب، وعطاء، والزهري، وربيعة، وقول أبي الوليد بن رشد من المالكية، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: الفروق، للقرافي، ٣/١٤٣، والمغني، ٩/٤٦٠، والفروع، ٨/٢٠٢، واختلاف الأئمة العلماء، ٢/١٧٣، والمعاني البديعة، ٢/٢٠٥.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٥/٥٩، وبدائع الصنائع، ٢/٢٩٩، والاختيار لتعليل المختار، ٣/٨٣، وتبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/٩٦، وهو قول الثوري، والحسن بن صالح، وأبو ثور، وأبو عبيد، وداود، وعند مالك: بكل لفظ يفهم المتناكحان مقصودهما، وإن كان بغير لفظ التزويج يصح إن ذكر المهر مع الألفاظ التي تقتضي التمليك، وإن لم يذكر المهر لم ينعقد بها النكاح. والمعتمد عند المالكية وقوعه بكل لفظ يدل على التمليك كالحنفية عدا لفظ الإحلال والإباحة. ينظر: الذخيرة، للقرافي، ٤/٣٩٧، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل، ٣/٤٢٠المعاني البديعة، ٢/٢٠٥، والمغني، ٩/٤٦٠.

معنىٰ الحقيقة، وللمجاز المستعارِ طريقان؛ أحدهما: أن يُعبَّرَ عن الشيء بعبارةِ غيرِه إذا اشتركا في الخاصية؛ كما يُعَبَّرُ عن البَليدِ بـ«الحمارِ»، وعن الشُّجَاعِ بـ«الأسد»، والآخَرُ: يُعَبَّرُ بالسببِ عن المسبَّبِ؛ كما يُعبرُ بـ«السماء» عن المطر، وبـ«السيئة» التي هي سبب المجازاة عن المجازاة؛ كما قال تعالىٰ: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾[1]، والثانية مجازاة وليس بسيئةٍ، ولكن سُمِّي باسم سببه، ومِلكُ الرقبة سببٌ في الشرع لمِلكِ المتعة. فجاز أن يُعَبَّرَ بـ«مِلك الرقبة» عن «ملك المتعة».

۞ **قلنا:** غايته أن ينوبَ عبارةُ «ملك الرقبة» عن عبارة «ملك المتعة»، ولو صرَّح بملك المتعة وقال: ملَّكْتُك متعتَها؛ عندنا لا ينعقد؛ إذ مقصودُ النكاح غير محصورٍ في ملك المتعة؛ بل في أمور بديعة وخصائصَ جمَّةٍ، وكيف يكون هو المعقودَ ولَفْظُ التزويجِ والإنكاح لا يُنْبِئ عنه وينعقد به، وقياسُ مذهبهم أيضًا ألَّا ينعقِدَ بمِلك المتعة؛ فإنَّهم يقولون: النكاحُ يَرِدُ علىٰ عَين المنكوحة؛ فهو نوعُ رقٍّ في ذاتها؛ كملك اليمين علىٰ الرقيق، ولذلك منعوا إحالةَ إجبار السيد عبدَه علىٰ النكاح علىٰ ملك المتعة؛ فإن معقودَ النكاحِ ليس هو مِلْكَ المتعةِ؛ إذ ملكُ المتعة حاصلٌ للسيد، وليس الحاصلُ للزوج ما كان حاصلًا للسيد كما سبق في مسألة إجبار العبد، ومِلكُ الرقبة سببٌ لملك المتعة الذي هو علىٰ مذاقِ مِلكِ اليمين في حقِّ السيدِ، وملك الروح خلافُ ملك اليمين في الحقيقة والشرع، فلا نَظَرَ إلىٰ الاستواء في العبارة.

---

(١) سورة الشورىٰ، جزء من الآية (٤٠).

الجواب الثاني: أن كلَّ سببٍ لا يُعَبَّرُ به عن المسبَّبِ، فالأبُ سببُ الابن، ولا يعبَّرُ به عن الابنِ، والشجرةُ سببُ الثمرة، والشَّبَكةُ سببُ الصيدِ، وهلُمَّ جَرًّا، فلا نُسَلِّمُ جَرَيانَ هذا القياس في كل مقامٍ.

الجواب الثالث: أن المسبَّبَ قد يُعبَّرُ به عن السببِ بطريق الاقتضاء؛ فهَلَّا انعقد بلفظ «الإحلال»، وحِلُّ البُضع مُسبَّبُ مِلكِ المتعة؛ إذ لا يُتصوَّرُ انفكاكُ حِلِّ البُضع عن الملك، كما لا يتصور انفكاكُ مِلك الرقبة في الأمة عن مِلك المتعةِ، فقولُه: أحْلَلْتُ؛ يتضمَّنُ ملك المتعة؛ اقتضاءً، كقول الرجل لزوجته: اعتَدِّي؛ جُعِلَ عبارة عن الطلاق اقتضاءً؛ لأنه مسبَّبُه، وقولُ القائل: أعتِقْ عَبْدَك عني، وقولُه: أعتَقْتُ؛ جُعِلَ عبارةً عن التمليك وقائمًا مُقامَه/؛ لأنه واقعٌ مِن ضرورته، فلمَّا لم يُفْتَحْ هذا البابُ دَلَّ أن «النكاحَ» غيرُ [٢٤٤/ب] محتمِلٍ لجميع ذلك، فإن التعبيرَ عن مقاصدِه الشرعيةِ بالاصطلاحاتِ اللغوية عسيرٌ، فيُتَّبَعُ موضوعُ الشرع، وقد قال ﷺ: «**اسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللهِ**»(١)، ألا وهو النِّكاحُ، وهو التزويجُ.

❊ **فإن قيل**: فَلِمَ صحَّ نِكاحُ النبيِّ ﷺ بلفظِ «الهبة»؟(٢).

۞ **قلنا**: لا نُسَلِّمُ ذلك، والآية الواردة محمولةٌ علىٰ هِبةِ البُضع مجَّانًا مِن غير عِوَضٍ، وفيه الامتِنانُ، وهو المجوَّزُ في حقِّه.

❊ **فإن قيل**: رُوِيَ أنه قال للأعرابي: «**مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القَوْلِ**»(٣).

---

(١) أخرجه مسلم (١٢٠٨/١٤٧) من حديث جابر بن عبد الله، باب حجة النبي ﷺ.

(٢) يقصد قوله تعالىٰ: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا﴾ [الأحزاب: ٥٠].

(٣) أخرجه البخاري (٥٠٣٠) باب القراءة عن ظهر قلب، وفي (٥٠٨٧) باب تزويج المعسر،=

﴿ قلنا: المنقولُ عن الثقاتِ «زَوَّجْتُكَهَا»، وراوي هذه الكلمة مطعونٌ فيه على ما ذكَره الأئمةُ، والله أعلم[1].



مَسْأَلة: نِكاح الأخت في عِدَّةِ الأختِ البائنة صحيحٌ[2]؛ خِلافًا

= وفي (٥١٢٦) باب النظر إلى المرأة قبل التزويج، وفيه: «من القرآن».

(١) ومنافحة المصنف ﷺ عن اقتصار انعقاد النكاح على لفظ التزويج والإنكاح أمر لا يتفق مع مقاصد الشريعة، فالأجوبة الثلاثة التي ذكرها المصنف وإن كانت تبطل الاعتراض المفترض، لكنها لا تغني عن الجواب عن المسألة برمتها، وبطلان الدليل المعين لا يعني بطلان المدلول المعين، والمراد هنا هو أن الألفاظ الموضوعة للعقود المراد منها الدلالة على العقد المعين، ومقصد الشارع من تعيين الألفاظ المعينة قطع النزاع والخصومة، وإثبات ما يترتب على العقد من حقوق وواجبات، لأجل ذلك فإن العرف في مكان معين إذا انتشر بأن ألفاظًا معينة تدل على النكاح فلا مانع من انعقاده بها؛ إذ مقصود الشارع لا شك متحقق بها؛ إضافة إلى أن الألفاظ التي تمسك بها الشافعية ودعوى أن الشارع نص عليها دلالتها غير قاطعة في إرادة الشارع هذه الألفاظ خصوصًا، وكلها يدخلها التأويل والاحتمال، وفي ذلك يقول الشوكاني: «ينبغي أن يكون هذا اللفظ الذي وقع به العقد بلفظ النكاح أو التزويج أو ما يفيد هذا المفاد مما يتعارف به الناس بينهم؛ ولو لم يكن يفيد التمليك وما يفهم من الأعراف المصطلحة بين قوم مقدم على غيره؛ لأن التفاهم بينهم هو باعتبار ذلك الاصطلاح، ولم يأت في الكتاب والسنة ما يدل على أنه لا يجزئ في هذا إلا لفظ أو ألفاظ مخصوصة». ينظر: السيل الجرار، ٢/٢٦٥.

(٢) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٢/١٨٦، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٩/١٦٠، وتكملة المجموع، للمطيعي، ٧/١٤٤، وهو قول الإمام مالك ﷺ، سئل كما في المدونة: «أيصلح للرجل أن يتزوج امرأة في عدة أختها منه من طلاق بائن في قول مالك؟ قال: نعم، وكذلك لو كان تحته أربع نسوة فطلق إحداهن طلاقا بائنًا فتزوج أخرى في عدتها». ينظر: المدونة، واختلاف الأئمة العلماء، ١/٢٥٠.

له[1]، ومأخَذُ النظرِ تعرُّفُ معنىٰ الآية المحرِّمةِ للحُرَم؛ قال تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ .... وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾[2] والجمعُ يستدعي مجموعًا ومجموعًا فيه وجامعًا، والكُلُّ معلومٌ، والنظر في المجموع فيه، وليس مصرَّحًا به في القرآن، فليس يخلو، إمَّا أن كان هو الحِلَّ أو الحبسَ أو النكاحَ أو الوطءَ، ولا مُتخيَّلَ سوىٰ ذلك، وليس المرادُ هو الحِلَّ قطعًا؛ إذ يجوز شِراءُ أختين، وقد اجتمعا في الحِلِّ، ولا يجوز عندنا نِكاحُ أختِ الرجْعِيَّةِ، ولم يجتمِعا في الحِلِّ، ولأنه معطوفٌ علىٰ قوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾، والأم لا تحرُمُ عَيْنُها؛ وإنما يحرُمُ الفِعلُ المتعلِّقُ بها مِن نكاح أو وطءٍ، معناه: حُرِّمَ[3] عليكم نِكاحُ أمهاتِكم أو وطءُ أمهاتكم. ولم يُرِدْ به الوطْءَ؛ لأن الجمع بين الأختين في الوطءِ في حالة واحدةٍ غيرُ ممكنٍ، وإذا جرىٰ علىٰ التعاقُبِ لم يكن جمعًا؛ بل كان المجموعَ فيه الحالُ الذي اجتمع فيه الوَطْئانِ مِن حلٍّ أو نِكاحٍ، أو حَبْسٍ، والحَمْلُ علىٰ النكاح أَوْلىٰ مِن الحَمْلِ علىٰ الحَبْسِ؛ لأنه السابق إلىٰ الفَهمِ، والآياتُ سِيقَتْ لبيان أحكامِ النكاحِ والمحرماتِ في النكاحِ؛ فلا شَكَّ في أن الظاهر هذا.

فنقول: المُحَرَّمُ الجَمْعُ في النكاحِ، والنكاحُ في العِدَّةِ ليس جَمْعًا في النكاح.

---

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٧٣/٥، وبدائع الصنائع، ٢٦٣/٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٠٨/٢، وفتح القدير، لابن الهمام، ٢٢٥/٣، وهذا القول يروىٰ عن علي وابن عباس ﷺ، وهو مذهب الحنابلة، ينظر: المغني، ٥٠٩/٩، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٣٦٣/٢، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٦٥٥/٢، ومختصر اختلاف العلماء، ٣٤٢/٢.

(٢) سورة النساء، جزء من الآية (٢٣).

(٣) في الأصل: «حرمت»، وهو سبق قلم.

❊ **فإن قيل:** لِمَ تُنكِرون علىٰ مَن يقولُ: النكاحُ قائمٌ بقيامِ العدة؟

❁ **قلنا:** أجمَعَتِ الأمَّةُ علىٰ أن الطلَقاتِ الثلاثَ تُبتُّ النكاحَ وترفعُه وتقطَعُه، فكيف يقدَّرُ بقاؤه مع الطلقاتِ الثلاثِ، وعندَ جَرَيانِ الفسخ الرافعِ للعقد عن أصله بالإضافة إلىٰ وقته؟!

❊ **فإن قيل:** النكاح عبارةٌ عن جملة من الأحكام، وبعضها باقيةٌ، فكأنَّ النكاحَ بَقِيَ بعضُه وارتفع بعضُه، وإذا تقابل الأمرُ غُلِّبَ جانبُ التحريمِ، والأحكامُ الباقية النفقةُ والسُّكْنىٰ والنَّسَب، وحَبْسُها عن سائرِ الأزواج[1].

❁ **قلنا:** ليس النكاحُ عِبارةً عن هذه الأحكام، وإنما هو عبارةٌ عَن عَقْدٍ يُفيدُ نوعَ مِلكٍ في البُضع، وقد انقطع الملكُ والعقدُ؛ فلا نكاحَ، وهذه الأحكامُ ليست كلَّ النكاح ولا بعضَ النكاح، ولو كان النكاح قائمًا مِن وجهٍ، لَمَا وَجَبَ الحَدُّ إذا طلَّقَها ثلاثًا ووَطِئَها؛ مع العلم بأنَّ الحدَّ يسقُطُ بالشُّبْهة الخفيَّةِ.

❊ **فإن قيل:** العِدَّةُ إن لم تكُنْ بعضًا من نَفْسِ النكاح فهي من حقوقِ النكاح، وحقُّ الشيء يقوم مُقامَ حقيقته في التحريم، وهذا كما أن حقَّ الملكِ في مالِ المكاتَبِ حَرَّم علىٰ السيِّدِ/ نكاحَ جاريته، ونزل منزلةَ حقيقةِ الملك، وكذلك حَرُم علىٰ الرجلِ عندَكم أن يَنكِحَ جاريةَ ابنِه؛ لأن له فيها حقَّ الملك، فكان كحقيقة الملك[2]. ٢٤٥/أ

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/١٠٨.

(٢) يقول السرخسي في هذا السياق: «لأن العدة حق من حقوق النكاح، ألا ترىٰ أنها لا تجب بدون النكاح أو شبهة النكاح، ولا معنىٰ لما قال: إن وجوبها بماء محترم؛ لأنه إن اعتبر أصل الماء فهو موجود في الزانية، ولا عدة، وإن اعتبر الماء المحترم فاحترام الماء يكون=

﴿ قلنا: إنْ عَنيتم بكونه حقَّ النكاحِ أنَّ النكاح قائمٌ مِن وجهٍ، فقد أبطَلْناه وألْزَمْنا عليه سقوطَ الحدِّ، وإن عَنَيتُم به أنه مُوجَبَ عقدِ النكاحِ ونتيجتَه، والنكاحُ في حُكْمِ الموجَبِ والعلة له، فهذا قد يُسَلَّمُ، ولكنَّ هذا لا يقوم مُقامَ الحقيقةَ؛ بدليل أنها بعد انقضاء العِدَّةِ بَقِيَتْ محرَّمةً علىٰ أبِ الزوج وابنِه، ودامت حُرْمةُ المصاهرة عليها، ولا يُقالُ: هذا حق النكاح، فَلْيَدُمْ بسببِه المنعُ مِن الجَمْعِ الذي هو مُوجَبٌ نَفْسِ النِّكاحِ؛ علىٰ أن العدَّةَ عندنا موجَبُ شَغْلِ الرحِمِ بالماء المحرمِ لا مُوجَبُ النكاحِ؛ لذلك يثبُتُ بالوطءِ بالشُّبهة، ولا يثبت عند عدم الدخول، ويتقدَّرُ بالأقراءِ دونَ الأشهُرِ؛ بخلاف عِدَّةِ الوفاة، فإن عارضوا بأنه لا يكتفىٰ بالقُرءِ الواحدِ، ولا يستوي فيه الحُرةُ والأمةُ، ويجري بعد الطلاق المعلَّقِ علىٰ استيقانِ براءةِ الرحِمِ؛ فالأحكام متعارضةٌ، وما مِن شيء مما ذكروه إلا والاعتذارُ عنه ممكنٌ، ولا حُجَّةَ لهم في نهايتة إن سُلِّم أنه حقُّ النكاح؛ بمعنىٰ أنه ثمرته، كما في حُرمة المصاهرة، والحقُّ لا يُنَزَّلُ منزلةَ الحقيقة عندنا، والسيِّدُ لا ينكِحُ جاريةَ المكاتَبِ لحقيقة الملك عندنا؛ لا لحقِّه، والأبُ لا ينكح جاريةَ الابن لتعرُّضِ نكاحِه للانفساخ بوجود الولد؛ فإنه يوجِبُ نَقْلَ الملك إلىٰ الأبِ، فلَسْنا نُعَلِّلُ به.

= بالنكاح، والدليل عليه أن العدة تختلف بالرق والحرية، واشتغال الرحم بالماء لا يختلف، وإنما يختلف ملك النكاح لتفاوت بينهما في الحل الذي ينبني عليه النكاح فعرفنا أنه من حقوق النكاح، ولكن حق النكاح بعد ارتفاعه إنما يبقىٰ إذا كان النكاح متأكدا وتأكده بالموت أو بالدخول، ولهذا لا تجب العدة علىٰ المطلقة قبل الدخول، وإذا ثبت أنه من حقوق النكاح فالحق يعمل عمل الحقيقة في إثبات الحرمة كما أن حق ملك اليمين للمكاتب كحقيقة ملك اليمين للحر في المنع من نكاح أمته وكما أن الرضاع في التحريم ينزل منزلة النسب؛ لأنه في البعضية بمنزلة الحق من الحقيقة». ينظر: المبسوط، ٢٠٣/٤.

❊ **فإن قيل**: سَلَّمْنا أن النكاح منعدِمٌ، ولكن حرامٌ الجمعُ في النكاح لعلةٍ، فإذا وُجِدَتِ العلةُ في العدة ألحق به كما ألحق ملكُ اليمينِ بالنكاح مع عدم النكاح؛ للمشاركة في العلةِ، وذلك ما صرح به رسول الله ﷺ إذ قال: «**لَا تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ؛ فَإِنَّكُمْ إِنْ فَعَلْتُمْ ذَلِكَ قَطَّعْتُمْ أَرْحَامَهُنَّ**»[1]، والعلَّةُ إذا كانت مناسبةً وجَب اتباعُها، فكيف إذا نصَّ الشارعُ عليها؟! ومناسبتُه أنَّ صِلَةَ الرحم واجبٌ، والقَطْعُ مُحرَّمٌ، والجمعُ يُفضي إلىٰ القطع المحرَّمِ، فكان محرمًا.

ووجه إفضائه ما يُفرَضُ مِن الغيرة والضِّرارِ بين الضَّرَّاتِ؛ فإنها إذا شاركت الأختَ في الاستمتاع بزوجِها، أَوْغَرَ ذلك صدرَها، فإنما شفاؤُها بأحَدِ الأمرين؛ إما بالمنع من الجَمْعِ، أو بتمكينِها مِن أن تنكِحَ أخاه أو أجنبيًّا مكافأة له وانتقامًا، فإذا انقضت العدة فقد تمكَّنَتْ مِن المكافأة وارتفع الحَبْسُ، وإذا كانت منكوحةً فهي محبوسةٌ عن المكافأة متضرِّرةٌ بالمساهمة، فإذا كانت معتدَّةً، فضررُ الحَبْسِ قائمٌ، وزاد ضررُها؛ إذ هي محرومةٌ بالكلية، وليس لها قضاءُ الوَطَرِ أيضًا بالمساهمة، فكان الضررُ أتَمَّ وأوقَعَ، فالمنْعُ ثابتٌ بطريقِ الأَوْلىٰ[2].

۞ **قلنا**: إن ادعيتم أن كلَّ غَيْظٍ وضِرارٍ يمنع الجمعَ، فهو محالٌ؛ فإنه لو وطِئَ جاريةً حرُم عليه أختُها خِيفةَ التقاطع، فلو وهبها من أخيها من

(١) لم أقف عليه في أي من دووابن السنة، وهذا التعليل مشهور متفق عليه بين العلماء؛ فإن الجمع بين ذوات الأرحام يفضي إلىٰ قطيعة الرحم، بسبب ما يكون عادة بين الضرتين من غَيْرة موجبة للتحاسد والتباغض والعداوة، وقطيعة الرحم حرام، فما أدىٰ إليه فهو حرام.

(٢) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، ٣/٢٢٥.




الرَّضاعِ أو من امرأةٍ لا تطمَعُ في الاستمتاعِ أصْلًا/، وقيَّدَها بهذا الحَبْسِ [٢٤٥/ب] المؤكَّدِ حلَّ له وَطْءُ أختها، وهو بالبيعِ مِن امرأةٍ أو بالهبةِ مِن أخيها من الرضاع، لم يَزِدْ علىٰ إخراجِها مِن محلِّ الطمع في المشاركةِ، والغيظُ قائمٌ، وطريقُ التشفِّي بالمكافأة منحسِمٌ، ومع ذلك فلا تحريمَ، وتبيَّنَ أن محذورَ الضِّرار مَنْشَؤُه المشاركةُ والمزاحمة عل مطمع النساء في الرجال مِن توددٍ واستمالةٍ ومَسيسٍ ومباشرةٍ وفنونِ مراعاة لا تدخُلُ تحت الحَصْرِ، وبها يتهنَّىٰ عَيشُ النساء والرجالِ، ويعسَرُ القِسمةُ علىٰ وجه يحصِّلُ التسويةَ؛ إذ لا يقبَلُ ذلك كيلًا ووزنًا، ومنتهىٰ المساواة القَسْمُ بالزمان، والوطءُ والمعاشرة هو المقصوُد، ولا يستوي باستواء الأزمنة، والشرعُ قد يحسِمُ طريقَ الضِّرار الذي مَنْشَؤُه الشرِكةُ والزَّحمةُ، كما في الشُّفعة، والضِّرار عند عَدَمِ الزحمة ضعيفٌ مُشْرِفٌ علىٰ الانقطاع علىٰ قُرْبٍ، فلم يكُنْ في معناه بحالٍ، كيف وقد قالوا: لو اختَرَع الزَّوجُ عليها وقال: أخبَرَتْني بانقضاء العدةِ، حلَّ له أختُها؟ وهذا يَزيدُها غَيظًا، فالمنع هاهنا بطريقِ الأَوْلىٰ كما ذكروه جارٍ، ولا مُبالاةَ به[١].

---

(١) وظاهر أن المصنف ﷺ قد استوعب جميع ما استدل به الحنفية من المعقول، ولكنه أهمل دليلين من المنقول اتكأ عليهما الحنفية ومن منع الجمع بين الأختين في عدة البائنة:
الدليل الأول: هو دعوىٰ الإجماع علىٰ عدم الجواز، وقد حكي أن مروان شاور الصحابة - ﷺ - في رجل جمع بين الأختين في عدة البائنة فاتفقوا علىٰ أنه يفرق بينهما وخالفهم زيد، ثم رجع إلىٰ قولهم، وقال عبيدة السلماني: ما اجتمع أصحاب رسول الله - ﷺ - ورضي الله عنهم علىٰ شيء كاجتماعهم علىٰ تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت والمحافظة علىٰ الأربع قبل الظهر.
الدليل الثاني: قوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين» ويروىٰ «ملعون من جمع ماءه في رحم أختين»، وفيه دليل علىٰ عدم جواز الجمع=

❀ مَسْأَلَة: للزوج أن ينكِحَ علىٰ المعتدَّةِ أربعاً سِواها؛ خلافًا له؛ لأن المفهوم الجمع في النكاح، وقد بينَّا أن البائنة ليست بمنكوحة، ولا سبيلَ إلىٰ التعدية بالتعليل، فإن العلَّةَ ما نبَّه عليه الربُّ تبارك وتعالىٰ، مِن قوله ﴿ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾[1]، وليس المحذورُ منه العجزَ عن الإنفاقِ؛ بدليل ارتفاعِ الحَصْرِ في السَّرايا، ولكنه للعجز عن القيامِ بالتحصين المستحَقِّ

= بين الأختين ولو كانت الثانية بائنىٰ في عدتها، لأنه بذلك يكون جامعا لمائه بين الأختين، لأن المعتدة قد تكون حاملا.

والجواب عن الدليل الأول: أن دعوىٰ الإجماع هنا غير مسلمة؛ إذ يبعد أن ينعقد الإجماع في هذه المسألة ويخالف فيها مالك والأوزاعي والشافعي، ويخفىٰ عليهم هذا الإجماع.

والجواب عن الثاني: أن هذا الحديث المذكور لا أصل له، وإنما هو من كلام الفقهاء لم يروه أحد في دووابن السنة، قال ابن الملقن: «هذا الحديث بلفظيه غريب جدا لا يحضرني من خرجه بعد البحث الشديد عنه سنين».

وإذا ثبت ذلك، فإن المسألة لا دليل لها من المنقول صراحة، وتحرير محل النزاع فيها يتجاذبه أصلان: الأول الطلاق الرجعي، والثاني: ما بعد انقضاء العدة، فالشافعية قاسوا البائن علىٰ الثاني بجامع انقطاع النكاح إعمالا للقاطع وهو الطلاق البائن. ويدل علىٰ انقطاعه أنه لو وطئها عالما بالحرمة حد. أما الحنفية فقاسوا علىٰ الأول بجامع قيام النكاح بناء علىٰ منع انقطاعه بالكلية، وهذا لأنه ليس معنىٰ قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجية فضلا عن حالة وقوع الطلاق الرجعي إلا قيام أحكامه، لأن لفظ تزوجت وزوجت تلاشىٰ بمجرد انقضائه، فقيامه بعده ليس إلا قيام حكمه الراجع إلىٰ الاختصاص استمتاعا وإمساكا، وقد بقي الإمساك والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فيبقىٰ النكاح من وجه، وإذا كان قائما من وجه حرم تزوج أختها وأربع سواها من وجه فتحرم مطلقا إلحاقا بالرجعي أو بما لا يحصىٰ من الأصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم وإباحة مع وجوب الاحتياط في أمر الفروج ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، ٢٢٥/٣، والبدر المنير، ٥٩٦/٧.

(١) سورة النساء، جزء من الآية (٣).

بالنكاح، وقد ارتفع هذا المعنىٰ بالطلَقاتِ الثلاث، وأما الرجعية فإنها منكوحةٌ في خمس آياتٍ من كتاب اللهِ تعالىٰ، وتحريمُها عارضٌ عندنا، يرتفع بمجرَّدِ قولِه: راجَعْتُ، فكان تزوُّجُ أربعٍ عليها جَمْعًا بين الخَمْسِ في النكاحِ.



❊ مَسألَة: لا يحرُمُ نِكاحُ البِنتِ مِن الزنىٰ علىٰ الزاني[1]؛ خِلافًا له[2]، والمعتمَدُ أن اللهَ تعالىٰ قال: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾[3]، وليست هذه بِنْتَه، فالتحريمُ لا يتناولُها.

❊ فإن قيل: لا نُسلِّمُ بل هي بِنْتُه.

❊ قلنا: قال تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾[4] في آية

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٢١٨/٩، والمهذب، للشيرازي، ٤٢/٢، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١١٣/٧، وهو اختيار ابن الماجشون من المالكية، ينظر: المقدمات الممهدات، ٤٩٦/١.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٥٩/١٧، والجوهرة النيرة، ٥/٢، وفتح القدير، لابن الهمام، وهو المشهور من مذهب المالكية والحنابلة، وقد شدد الإمام أحمد في هذه المسألة، قال ابن تيمية: «قال الإمام أحمد في رواية أبي طالب في الرجل يزني بامرأة فتلد منه ابنة فيتزوجها فاستعظم ذلك وقال: يتزوج ابنته عليه القتل بمنزلة المرتد علىٰ أنه لم يقع له الخلاف فاعتقد أن المسألة إجماع أو علىٰ أن هذا فيمَن عقد عليها غير متأول ولا مقلد فيجب عليه الحد». ينظر: إرشاد السالك، ٦٠/١، ومواهب الجليل، ٤٦٢/٣، والشرح الكبير للدردير، ٢٥٠/٢، ورؤوس المسائل الخلافية، ١٠١٣/١، والفروع، ٢٢٤/٩، والاختيارات الفقهية، لابن تيمية، ص٥٣٤، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١١٧/٨.

(٣) سورة النساء، جزء من الآية (٢٣).

(٤) سورة النساء، جزء من الآية (١١).

المواريث، وكذلك أثبت الشرعُ النفقةَ والولايةَ والتربية والحَضانةَ للبنت، وكلُّ ذلك مُنْتَفٍ، فكيف كانت بنتًا في هذه الآيةِ ولم تكن بنتًا في آية الميراث؟! وكذلك لو أوصىٰ لبناتِ فُلانٍ لم تندرِجْ هذه تحت الاستحقاقِ.

❊ **فإن قيل**: ولِمَ قُلتم: إنه إذا لم تكُنْ[1] بِنتًا لم تحرُمْ، وتحرُمُ الأمُّ والعَمَّةُ، ومِنَ الرَّضاعِ، ولَسْنَ ببناتٍ؟

❁ **قلنا**: لسنا ننفي التحريمَ مِن مأخَذٍ آخر إنْ ذكره الخَصْم، ولكن إذا لم يكُنْ في تحريمهما نصٌّ كان المأخذَ النصوصُ الواردةُ في المحرَّماتِ، والغَرضُ أنها ليست داخلةً تحتَ المحرَّماتِ، فمَن حرَّم فعليه الدليلُ أو إبداءُ آيةٍ في معنىٰ المحرَّماتِ.

❊ **فإن قيل**: هي في معنىٰ البِنتِ؛ لأن البنتَ لم تُحرَّمْ لأنها بنتٌ، وإنما حُرِّمَت للبعضيَّةِ، وهي موجودةٌ، ويُلحَقُ بالمنصوص ما يُشاركُه في علَّتِه.

❁ **قلنا**: لِمَ قُلتم: إن البعضيَّةَ هي العلَّةُ/، وهي غير مناسبةٍ؛ فلا بُدَّ من إقامة الدليلِ عليه؟ [٢٤٦/أ]

❊ **فإن قيل**: الدليلُ[2] أنها عِلَّةُ التحريم في الرضاع، ولا نَسَبَ فيه؛ بدليل انتفاء الإرث والنفقةِ والولاية، وهي مناسبة إذ يحرُمُ علىٰ المرءِ أن يُذِلَّ نفسَه، والاستمتاعُ إذلالٌ وإهانةٌ، ولأجله حرُمُ عليه أن يستمتِعَ ببعضِه؛

(١) في الأصل: «يكن»!

(٢) بعده في الأصل: «علىٰ»، وكتب فوقه: «كذا في الأصل»، والصواب حذفها، فلا يستقيم الكلام معها.

فإنه كَنَفْسِه، ولذلك قال ﷺ: «**نِاكِحُ اليَدِ مَلْعُونٌ**»(١).

۞ **قلنا**: أما التحريم بالرضاع فمأخوذٌ من النصِّ، وليس مُعَلَّلًا بمجرد البعضية عندنا، وقولُه ﷺ «**الرَّضَاعُ مَا أَنْشَزَ الْعَظْمَ وَأَنْبَتَ اللَّحْمَ**»(٢) ليس إيماءً إلىٰ التعليل؛ بل هو تعريف لحدِّ الرَّضاع؛ ليبينَ أن الرضعةَ والرضعتين لا تُحرِّمُ؛ فإنها لا تؤثر غالبًا، ثم قَدَّر المؤثِّرَ بالخَمْسِ، وأَمَّا الإذلالُ فلا يصلُحُ للتعليل به؛ لأن إذلالَ الغيرِ أَحْرىٰ بالتحريم مِن إذلال النفس، ولو كان في النكاحِ ذُلٌّ يُحَرِّمُ، لكان تحريمُه مع الغير أَوْلىٰ، فاحتمال الذُّلِّ في

(١) طرف حديث أخرجه أبو الشيخ ابن حيان في مجلس من حديثه، ٦٢/١ ـ ٢، وابن بشران في الأمالي، ٨٦/١ ـ ٢ من طرق عن عبد الرحمن بن زياد الإفريقي عن أبي عبد الرحمن الحبلي عن عبد الله بن عمرو مرفوعاً بلفظ: «سبعة لعنهم الله، ولا ينظر إليهم يوم القيامة، ويقال لهم: ادخلوا النار مع الداخلين: الفاعل، والمفعول به في عمل قوم لوط، وناكح البهيمة، وناكح يده، والجامع بين المرأة وابنتها، والزاني بحليلة جاره، والمؤذي جاره حتىٰ يلعنه، والناكح للمرأة في دبرها؛ إلا أن يتوب»، وقال الألباني في السلسلة الضعيفة (٤٨٥١): «ضعيف».

(٢) أخرجه أحمد (٤١١٤)، وأبو داود (٢٠٦٠) كتاب النكاح، باب: في رضاعة الكبير، من حديث ابن مسعود مرفوعًا إلىٰ النبي ﷺ، والدارقطني، ١٧٢/٤، في باب الرضاع، والبيهقي، ٤٦٠/٧، ٤٦١ كتاب الرضاع، باب: «رضاع الكبير»، مرفوعًا.

وأخرجه سعيد بن منصور (٩٨٧ ـ تفسير)، وابن أبي شيبة، (١٧٠٢٩)، باب في الرضاع، من قال: لا تحرم الرضعتان ولا الرضعة، وأبو داود (٢٠٥٩) كتاب النكاح، باب: في رضاعة الكبير، والطبراني في الكبير، (٨٥٠٠)، ومن طريقه أبي داود أخرجه البيهقي، ٤٦١/٧ كتاب الرضاع، باب: رضاع الكبير، وابن عبد البر في التمهيد، ٢٦١/٨ موقوفًا علىٰ ابن مسعود، وقال الألباني في صحيح أبي داود عن الموقوف: إسناده صحيح، وقال: وهذا المقدار منه ـ يعني: إنما يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم، وأنْشزَ العظم ـ قد رواه المصنف ـ يعني أبا داود ـ مرفوعا، ولا يصح.

نفسه لغَرَضِ نفسِه أَوْلىٰ مِن إذلاله غيرَه.

❊ **فإن قيل:** حَرَّم الشرعُ إرقاقَ الإنسان نفسَه وبعضَه حتىٰ لو استَرقَّهم أمَّه وأباه وابنَه وهم كفارٌ لم يَرِقُّوا له، ولو اشتراهم عَتَقوا عليه، والنِّكاحُ أيضًا نوعُ رِقٍّ في لسان الشرعِ؛ فكان كالرِّقِّ.

۞ **قلنا:** الخلافُ فيهما واحد، وامتناعُ الرِّقَّينِ غيرُ مُعَلَّلٍ عندَنا بالبعضية، ولذلك قلنا: لا يُعتِقُ عليه ولدَ الزنىٰ إذا اشتراه، وكيف يُعَلَّلُ العِتقُ بالبعضيةِ، ولا يعتقُ ولدُ الرَّضاعِ والسؤال في الكلِّ قائمٌ؟ فَلِمَ يُجَوِّزُ إرقاق الغير ولا يُجَوِّزُ إرقاقُ البعض؟ كيف؟ وما الفصلُ بينهم وبين من يُعلِّلُ الميراثَ والنفقة والولاية والحضانة والنسبَ بالبعضية، ويحكُمُ بثبوت كلِّه في الزنا؟

❊ **فإن قيل:** وجهُ الإخالة أن الحاجة ماسَّةٌ إلىٰ المخالطة، فالانقطاع عن الأُمِّ والبنت وسائر الأبعاض عُسْرٌ، فلا بُدَّ مِن إباحة النظر، ثم لو لم نَقْطَعِ الأطماعَ بتحريمِ النكاح لأثارَتِ المخالطةُ تحريكَ الشهواتِ واقتحامَ الفُجورِ.

۞ **قلنا:** نعم هذه العِلَّة مخيَّلةٌ، وهي مُسَلَّمةٌ، ولكنها منعكسة في محلِّ النزاع، فما رأينا الزُّناةَ يتَّبعون مواقعَ نُطَفِهم من المؤمِساتِ، فيخالطون ويقومون بالتربية والحضانة حتىٰ تُبنىٰ عليه الحاجةُ، فالحاجة للتربية والتربيةُ للنَّسبِ، والنِّسَبُ منقطعةٌ، ولحاجة التربية أُثْبِتَ حُرمةُ الرَّضاع؛ فإن التفريق بين المرضعة وزوجها وأبيها وأمها وبين الرضيع عسيرٌ؛ فهذا مُسَلَّمٌ، ولكنه منعكسٌ.

❊ **فإن قيل:** فَلِمَ ثبت التحريمُ من جانب الأم في الزنا؟

۞ **قلنا:** لثبوت النَّسَبِ، ولأجلِه ثبت الإرثُ والنفقةُ والتربية وسائر الأحكام.

❊ **فإن قيل:** ولِمَ تثبت هذه الأحكامُ كلُّها ـ مع أن الولد مِن الزنا ـ ولم يثبُتْ من جانب الأب؟

۞ **قلنا:** الإشكال مشتركٌ علىٰ الفريقين؛ فلا لزومَ له، ثم السببُ فيه أن مَناطَ النسبِ البعضيَّةُ المحسوسةُ أو المستنِدةُ إلىٰ سبب مشروعٍ، والبعضية مِن جانبها محسوسةٌ، فثبت سائرُ الأحكام، ومِن الرضاع غيرُ محسوسٍ، فلم يُثبِتْ إلا بِشَرعِ الشرعِ الرضاعَ، ونَصِّه علىٰ أنه «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»[(١)]، والبعضيةُ مِن جانب الأبِ غيرُ محسوسةٍ/ [٢٤٦/ب]؛ فإن النطفة تنفصِلُ وهي فضْلة وليست بإنسانٍ، وينفصلُ الولد من الأم إنسانًا، ولذلك يَتْبَعُ الأمَّ في الحرية والرقِّ، ولا يتبعُ الأبَ، فإذا لم تكن محسوسةً نُظِرَ إلىٰ سبب ظاهرٍ؛ وهو الفراشُ، قال رسولُ الله ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»[(٢)]، وليس السببُ الظاهرُ هو الوطءَ؛ لأنه في صُلْبِ النكاح

---

(١) أخرجه البخاري، (٢٥٠٢) باب الشهادة علىٰ الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم، ومسلم، (١٤٤٤/٢، ١٤٤٥/٩) باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل، وفي (١٤٤٧/١٣) باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة، وفي (١٤٥٢/٢٥) باب باب التحريم بخمس رضعات.

(٢) أخرجه البخاري، في مواضع كثيرة، منها: (١٩٤٨) باب تفسير المشبهات، وفي (٢١٠٥) باب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه، وفي (٢٥٩٤) باب قول الموصي لوصيه تعاهد ولدي وما يجوز للوصي من الدعوىٰ، وفي (٤٠٥٢) باب من شهد الفتح، ومسلم (١٤٥٧، ١٤٥٧/٣٦، ٣٧) باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات.

يثبُتُ النسبُ مِن الزوج؛ وإن كان الوطءُ جاريًا من الزاني، فالمتَّبعُ في جميع الأحكام مِن جانب الأب الفِراشُ، ومن جانب الأمِّ المحسوسُ.



مَسْألة: الزنىٰ لا يوجِبُ حُرْمةَ المصاهَرةِ[1]؛ خلافًا له[2]؛ لأنَّ تحريم الرَّبيبةِ مأخوذٌ مِن قوله تعالىٰ: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾[3]، وقال: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ﴾[4]، وكل ذلك ينطلِقُ علىٰ المنكوحة، فالتحريم في غير النكاح يستقيم بإلحاقٍ، ولا جامِعَ؛ لأن النكاح يُحمَدُ عليه ويثبُتُ به النسبُ، والزنىٰ يُرْجَمُ عليه، ولا

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٩/٢١٤، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٢/٢٣٨، والوسيط، ٥/١٠٧، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، وهو أحد القولين عن الإمام مالك، وهو المشهور من مذهب المالكية، قال الخرشي: «فإن كان مختلفا فيه ـ أي النكاح ـ كمحرم وشغار وإنكاح العبد والمرأة فإن عقده ينشر حرمة المصاهرة كما ينشرها الصحيح، وإن كان مجمعا علىٰ فساده فلا يعتبر عقده في انتشار الحرمة وإنما ينشرها الوطء بشرط أن يدرأ الحد عن الواطئ كمن نكح معتدة أو ذات محرم أو رضاع غير عالم أما إن علم حد في ذات المحرم والرضاع وفي حد العالم في نكاح المعتدة قولان سيأتيان وقد أفهم قوله إن درأ الحد أنه إن لم يدرأه كما مر لم يلتفت إلىٰ وطئه في انتشار الحرمة لأنه شبيه بالزنا». ينظر: بداية المجتهد، ٢/٢٨، والذخيرة، للقرافي، ٤/٢٦١، وشرح مختصر خليل، للخرشي، ٣/٢٠٩.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٥/١٣٩، وتحفة الفقهاء، ٢/١٢٤، وبدائع الصنائع، ٢/٢٦٠، والهداية شرح بداية المبتدي، ١/١٨٧، وهو أحد القولين عن الأمام مالك، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: بداية المجتهد، ٢/٢٨، والمغني، ٧/١١٨، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٨/١١٦، وكشاف القناع، ٥/٧٣.

(٣) سورة النساء، جزء من الآية (٢٣).

(٤) سورة النساء، جزء من الآية (٢٣).

يثبُتُ فيه النسبُ، والصِّهْرُ والنَّسب قَرينتان في كتاب اللهِ تعالىٰ ﴿فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾[1].

※ فإن قيل: يُلحَقُ بالمشاركة في العلَّةِ، والعلةُ: أن البعضية تؤثر في التحريم، وإذا ثبت البعضيةُ مع الولد تعَدَّتْ إلىٰ الزوجة وأمهاتها وبناتها، فإنَّ الزوجين صارا بعضًا للشيء الواحد، وهو الولد؛ فكانا كالأخَوَينِ هما بعضُ أصلٍ واحدٍ.

۞ قلنا: قد أبطلنا التعليلَ بالبعضية في تلك المسألة، وإذا بان أنَّ ولد الزنىٰ لا يحرُمُ فالحُرمة كيف تنتشِرُ منه إلىٰ غيره؟

الجواب الثاني: لو سُلم تحريمُ الولد بالبعضية فالزوجة لا تصيرُ بعضًا ولا أمُّها؛ إذ لو صار بعضًا لعتَق عليه إذا اشتراه؛ كما لو اشترىٰ أخاه علىٰ أصلِهم.

※ فإن قيل: لأن الثابت بينهم شُبهةُ البعضية، وإنما حقيقة البعضية مع الولد، وشُبهة البعضية تكفي لتحريم النكاح، ولا تكفي للعِتقِ كالرضاع، وأما الأخَوانِ فبينهما قرابةٌ مع شُبهة البعضية.

۞ قلنا: هذا تعديلُ عبارةٍ فلا معنىٰ لقرابته معه إلا أنهما بَعْضَا أصلٍ واحد.

الجواب الثالث: لو كان تثبُتُ حرمة المصاهرة بالبعضية لثبتت أولًا في حق الزوجة، ثم انتشر إلىٰ أمِّها وابنتها، فإن انتفىٰ عن الزوجة لضرورة

---

(١) سورة الفرقان، جزء من الآية (٥٤).

النكاح فلتَثْبُتْ في المزنيِّ بها؛ إذ لا ضرورةَ، والبعضية فيها أحقُّ منها في أمِّها.

※ **فإن قيل**: وأنتم لم تقتصروا على النص؛ إذ أثبتم المصاهرة بالوطءِ بالشبهة.

۞ **قلنا**: لأن الله جمع بين الصِّهْرِ والنسب، ثم ثبَت النسبُ اتفاقًا، فكان الصِّهْرُ مَقْرونًا به، وإن تشَوَّفْنا إلى التعليل فوجه تبعيَّةِ الصهر للنسب أنه تَتِمَّةُ نِعمة النسب، فإن أبَوَيِ الزوجين وأولادَهما يلتقيان بحُكم القرابة على الولد الحاصل بالزوجية المنسوب إلى الفريقين؛ أعني: أقاربَ الزوجين، فمَسَّتِ الحاجة إلى المداخلة وحَلِّ النَّظَرِ، وذلك جارٍ في ولد الوطءِ بالشبهة؛ فإن النسب والقرابة تَتَشَنَّجُ به، والمداخلة يُفْتَقَرُ إليها لأجله مِن الجانبين/، فكان في معنى المنصوص؛ على ما تقرَّر هذا المعنى في مسألة ولد الزنا(١). [٢٤٧/أ]

※ **فإن قيل**: قال اللهُ تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾(٢)، والنكاح: الوطءُ، معناه: ما وَطِئَ آباؤكم، وهو يتناول الحلال

(١) وللشافعية مسلك من طريق القياس ذكره الماوردي، قال: «ومن طريق القياس أنه وطء تمحض تحريمه فلم يتعلق به تحرم المصاهرة كوطء الصغيرة التي لا تشتهى، ولأنه وطء لا يوجب العدة فلم يوجب تحريم المصاهرة كوطء الصغيرة والميتة، ولأنه تحريم نكاح يتعلق بالوطء الصحيح فوجب أن ينتفي عن الزنى الصريح قياسا على تحريم العدة، ولأنه وطء لا يتعلق به التحريم المؤقت فوجب أن يتعلق به التحريم المؤبد كاللواط، ولأنه ما أوجب تحريم المصاهرة افترق حكم حلاله وحرامه كالعقد، ولأن المواصلة التي ثبت في الوطء بالنكاح تنتفي عن الوطء بالزنى قياسا على» ينظر: الحاوي الكبير، ٢١٥/٩.

(٢) سورة النساء، جزء من الآية (٢٢).

والحرامَ، فهَلَّا تلقَّيْتُم التحريمَ من هذه الآية!

❁ قلنا: النكاح عبارة عن العقد في وضع اللسانِ وعُرف الشرعِ؛ قال تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[1]، وقال تعالىٰ: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾[2] إلىٰ غير ذلك من الآيات، والمرادُ هنا بالكلِّ العَقْدُ، وعرف الشرع في الشهادة لذلك كعُرْفِه في الشهادة لحَمْلِ الصوم والصلاة علىٰ العبادة الشرعية دون القضيةِ الوضعية[3].



❁ مَسْأَلَة: إذا استولَدَ الأبُ جاريةَ الابنِ لَزِمَتْه القيمةُ وِفاقًا، ويلزمُه المهرُ عندنا[4]؛ خلافًا لأبي حنيفة[1].

---

(١) سورة النساء، جزء من الآية (٣).

(٢) سورة النور، جزء من الآية (٣٢).

(٣) قد يلمح في جواب المصنف ﷺ هنا ثمة تعارض؛ وبيان ذلك أنه في معرض جوابه علىٰ الحنفية في منعهم نكاح الأخت في عدة الأخت الأخرىٰ البائنة، عندما استدلوا بأن العدة من آثار النكاح، وأن العقد بها يظل قائما ـ قال في ذلك: «ليس النكاح عبارة عن هذه الأحكام وإنما هو عبارة عن عقد يفيد نوع ملك في البضع وقد انقطع الملك والعقد فلا نكاح وهذه الأحكام ليست كل النكاح ولا بعض النكاح ولو كان النكاح قائماً من وجه لما وجب الحداد أطلقها ثلاثًا ووطئها مع العلم بأن الحد يسقط بالشبهة الخفية». فالمصنف في جوابه هذا قرر أن الأهم في عقد النكاح هو ملك البضع، ولا شك أن هذا المعنىٰ هو متمسك الحنفية ومن وافقهم في هذه المسألة؛ إذ الوطء أهم معاني النكاح، والمصنف هنا أنكر ذلك وجعل النكاح منصرفا لكل العقد، فكان أولىٰ به أن يسلم هناك لقولهم، وقد يجاب عن ذلك بأن العدة من آثار العقد وليست داخلة فيه، وجواب المصنف هنا يرتكز علىٰ معاني عقد النكاح بتمامها، والعقد ليس داخلا فيه، وهذا الجواب فيه نوع ضعف، والله أعلم.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير، ٩/١٧٥، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٧/٥٤٠، وروضة=

فنقول: أما القيمةُ فمُتَّفَقٌ عليها، وأما المهرُ فموجِبُه استيفاءُ منفعة البضع، وقد جرىٰ جريانًا لو لم يتعَقَّبْه العُلوقُ لوجب المهرُ، فتعقُّبُ العلوقِ لا يدفع وجوب المهرِ، وإن فوّت الملكَ في الجملة؛ كما لو وَطِئَ ثم حزَّ الرقبةَ أو بالَغَ في الوطءِ حتىٰ أَفْضىٰ وسَرَتِ الجراحةُ.

❊ فإن قيل: الفِعلُ الواحدَ إذا أوجَب بدلَ الكُلِّ لم يوجِبِ البَعضَ، والوطءُ والإنزالُ في حُكم الشيء الواحد، فإنه مِن سِرايةِ الوطءِ ونتيجتُه، فنُزِّلَ منزلةَ السِّرايةِ للجُرحِ؛ فإنه يدفعُ وجوبَ أَرْشِ الجرحِ.

۞ قلنا: السببُ فيه أن الجُرحَ تنقيصٌ، وإذا بَرِئَتْ عليه السرايةُ صار تفويتًا، والتنقيصُ مُندرِجٌ تحت التفويت، وأما هاهنا الوطءُ[2] استيفاءُ منفعة مُتَقوِّمةٍ، وليس تنقيصَ جَزْءٍ حتىٰ يندرِجَ تحتَ الكلِّ، فهو كما لو وَطِئَ ثم قَتل، وفي الجرج: لو قطَع ثم حَزَّ الرقبةَ لم يجب أَرْشُ القَطْعِ لما ذكرناه من صيرورةِ النقصانِ مَغْمورًا بالفَواتِ واندراجِه تحتَه، وهذا أَوْلىٰ مِن قول بعض أصحابنا؛ أنَّ الإنزالَ فِعْلٌ مستقلٌّ يتعلَّق بالاختيار؛ بخلاف السِّرايَة؛ لأن تولُّدَ حركةِ المنيِّ مِن أغوار الفِقَارِ وتدفُّقِه إلىٰ الرحم سرايةٌ ضروريةٌ

= الطالبين، ٥/٥٣٩، وهو روتية عن الإمام أحمد. ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢/٥٦١.

(١) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١٢٧، وبدائع الصنائع، ٧/٣١٩، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢/٧٠، والاختيار لتعليل المختار، ٤/٣٣، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٧/١٥٨، وشرح منتهىٰ الإرادات، ١/٦٤٦، ومطالب أولي النهىٰ، ٢/٥٦١.

(٢) كذا في الأصل، والجادة: «فالوطء»، وتقدم التعليق علىٰ هذه المسألة.

للجِماع، كما أن ارتماءَ السهم سرايةٌ ضروريةٌ لنَزْعِ القوس، وتُضاف الإصابةُ والموت إلىٰ فعلِه، وهو نَزْعُ القوس، ويُجعَلُ الكلُّ في حكم الواحدِ، نَعَمْ له خِيَرَة في صرف النطفةِ عن صَوْبِ الرحِمِ بالعَزْلِ لا في إمساك النطفة في مغيضِها بعد الاستثارةِ بالجماع، فهو كقُدْرةِ الجارحِ للعِرقِ علىٰ شَدِّ الفَتْقِ لينسَدَّ منفذُ الدمِ، ثم لو ترك ذلك حتىٰ حصل الهلاكُ، لم يُجعلْ نَزْفُ الدم فعلًا مستقلًّا؛ بل قيل: هو سرايةُ الجرحِ، ويندرِجُ أرشُ الجَرْحِ تحت الموت الحاصلِ بالنَّزْفِ.

❊ **فإن قيل**: الوطءُ عندنا في معنىٰ تنقيصِ الجزء ولذلك لا يخلو عن عُقْرٍ وعقوبةٍ، ويتقرَّر تمامُ المهر بوطئةٍ واحدة، ومعقودُ النكاح في حُكمِ العين لا في حكم المنفعة.

◈ **قلنا**: ليس كذلك عندنا، فنَبْني الكلام علىٰ تلك المسألة، وكلامُنا فيه ظاهر، فإن منفعة البُضع متقومة شرعًا، ولها حكم منفعة البدن عندنا، وقد قرَّرْنا وجهَ ذلك في مسائلَ، وإن أردنا ألا نخوضَ فيها فنتعلَّق/ بوطءِ [٢٤٧/ب] أحد الشريكين إذا أَفْضىٰ إلىٰ الإحبالِ، فإنه يوجبُ المهر والقيمَة في النصفِ، وجَرحُ أحد الشريكين يندرِجُ أرشُه تحت سِرايته كجرح المنفردِ، فبان انفصالُه عنه.

❊ **فإن قيل**: القيمة تجِبُ علىٰ الشريك المقِرِّ بالوطء بقولِه: أحْبَلْتُها؛ فإن قوله نافذٌ في الملك المشتركِ، فصدر منه قول مفوِّتٌ ووطءٌ سابقٌ، فالمهر بالوطءِ، والقيمةُ بالقولِ، وأما هاهنا: قول الأب: أحْبَلْتُ؛ لا يُقبلُ ولا يفوِّتُ الملكُ به دون التصديق، فتجَّرد الوطءُ، وهو فِعْلٌ واحدٌ.

﴿ قلنا: إذا قال: أحْبَلْتُ؛ فهذا إقرار صار مؤاخَذًا به لنفوذ قولِه في نصيبه، والإقرارُ لا يوجب حُكمًا، ولكن إذا قبل منه كان مؤاخذًا بالمقرِّ به، فمن قال: قتلتُ أو زَنيتُ، كان استحقاقُ العقوبة عليه بجنايته لا بقوله، ولكِنِ القولُ مُظهرٌ، والاعتبارُ بالمخبَرِ عنه لا بالإخبارِ، والمخبَرُ عنه مُتَّحِدٌ لا تعدُّدَ فيه.



مَسْأَلَة: لا يحِلُّ نكاحُ الأمَةِ عندَ الشافعيِّ إلا بشرطين؛ أحدهما: الحاجة في حقِّ الناكِحِ إلى النكاح، وذلك بخَوفِ العَنَتِ وفَقْدِ طَوْلِ الحُرةِ.

والثاني: الإيمانُ في المنكوحةِ[1]، وخالف أبو حنيفة فيهما[2]، والمعتمَدُ في إثباتِ الشرطِ الأولِ ومَنْعِ النكاح عند القدرة على طَولِ الحرةِ:

(١) ينظر: الأم، ٢٣/٦، والمهذب، للشيرازي، ٤٥/٢، والوسيط، ١١٩/٥، وتكملة المجموع، للمطيعي، ٢٣٧/١٦، وهو المشهور من مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: التلقين، ص٣٠١، والكافي في فقه أهل المدينة، ٥٤٣/٢، وعقد الجواهر الثمينة، ١٠٦/٢، والهداية لأبي الخطاب، ص٣٩١، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٣٨٣/٢، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٣٩/٨، وعزاه ابن قدامة لعامة العلماء، قال: «وهذا قول عامة العلماء، لا نعلم بينهم اختلافا فيه». ينظر: المغني، ٥٥٥/٩.

(٢) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١٢٧، وبدائع الصنائع، ٣١٩/٧، والهداية شرح بداية المبتدي، ٧٠/٢، والاختيار لتعليل المختار، ٣٣/٤، وقد نقل عن الإمام مالك الإباحة مطلقا، ونقل عنه اشتراط عدم وجود الطول وخوف العنت، قال ابن رشد: «وسئل مالك أيتزوج الرجل الحر أمة وهو يجد طولا؟ قال: نعم، قال ابن القاسم بعد هذا في هذا الرسم: لا بأس أن يتزوجها وإن كان لا يخاف على نفسه عنتا وهو واجد للطول، وهو المشهور عند ابن القاسم، والمشهور عن مالك أنه لا يجوز له أن يتزوجها إلا مع عدم الطول وخوف العنت». ينظر: البيان والتحصيل، ٣٩٠/٤

أن نقولَ: حُرٌّ مستغنِي[1] عن تعريضِ ولده للرقِّ، فلا ينعقِدُ له نكاح الأمة كما لو كان تحته حُرَّةٌ.

❊ **فإن قيل:** الولد من ثَمَرات النكاح، وهو موهومٌ، وعَقْدُ العَقيم والرُّتَقاءُ ومَن لا تَلِدُ: صحيحٌ، فكيف يمتنع النكاحُ؛ لتوهُّمِ فوات صفة الحرية في الولد؟ ويحتمل أن تعتِقَ الجارية فتلِدَ حُرًّا؛ إذ سببُ رِقِّ الولد رِقُّها لا عَقْدُ النكاح، فلا مُناسَبَةَ بين العلة وبين الحكم.

۞ **قلنا:** صَوْنُ الولد عن الرقِّ نوعُ نظرٍ له ليس بعيدًا عن مناهج الشرع، والولد وإن كان من الثمرات فقد يفسُدُ لثمرتِه؛ كما يفسُدُ بيعُ المجهول والمعجوز عن تسليمِه، فالمعنىٰ علىٰ الجملة مناسبٌ، وورودُ الحُكم علىٰ وَفْقِه يشهد لصحته، وأما كونُه موهومًا فلا خَلَلَ فيه، فإنَّ ما يغلُبُ وقوعُه فهو كالمتوقَّعِ، والنكاحُ مشروع للتكاثُرِ، ومعقودٌ للتناسل، وقد شُرِعَ القَصاصُ زَجْرًا عن القتل، وهو في الحال إهلاكٌ ناجزٌ، وإنما يحصُلُ الزَّجْرُ في المستقبل تَوَهُّمًا، ولكن ما يقعُ غالبًا فهو كالمتحقِّقِ، وأما نكاحُ الرُّتَقاءِ والعقيمِ، فليس فيه إلا عدمُ الولدِ، وذلك غيرُ مَحْذور، وإن كان الحصولُ علىٰ وصفٍ فاسدٍ محذورًا، ولذلك نُجَوِّزُ الامتناع عن الوطءِ، وفيه عدمُ الوطءِ، ولا يجوزُ وَطْءُ المعتدَّةِ؛ حِذارًا مِن خَلْطِ النسبِ، فإن أثرَ الخَلطِ في الموجود يَزيدُ علىٰ أثرِ العَدَمِ مِن أصلِه.

❊ **فإن قيل:** الولدُ إنما يَرِقُّ بِرِقِّ الأم لا بعقدِ الأبِ، ولو كان يرق

---

(١) كذا في الأصل؛ بإثبات الياء في الاسم المنقوص المجرور، وقد تقدم التعليق علىٰ جواز ذلك.

بعقدِه لامتنع مع الحاجة؛ إذ لا رخصةَ في الإرقاق بحالٍ.

۞ **قلنا**: لسنا ننكِرُ أنه إنما يرِقُّ برِقِّ الأم، ولكِنِ الأبُ قادرٌ علىٰ ألا يُعرِّضَه له؛ بأن يودِعَ نطفته في رحِمِ حُرَّةٍ، وهذا لا سبيلَ إلىٰ جَحْدِه، والمناسبةُ مُستقلَّةٌ بهذا القَدْرِ، وجوازُه عند الحاجة بطريقِ ترجيح أهونِ الضررَينِ/ [١/٢٤٨] مَعقولٌ؛ إذ في المنع مع فَقْدِ الحرة وخَوفِ العَنَتِ إهلاكٌ في حقِّه بإقحامِه وَرْطَةَ الزنا، وهي مَهلَكَةٌ في الدارينِ، ولْيَبْدَأِ المرءُ بنفسه ثم بمن يعولُ، فكان النظرُ له أهمَّ مِن النظر لولده في أمر مُنتَظرٍ، وليس كذلك إرقاقُ الولد؛ فإنه مُتَّبعٌ بكل حالٍ؛ لأنه تفويتُ ناجِزٍ، فلا تُقاوِمُه حاجةٌ من جهة الأب، إلَّا وحاجةُ الولد تعارِضُه ويترجَّحُ عليه(١).

۞ **فإن قيل**: يبطل بالعبد المأذون في نكاح الحرَّة والأمة؛ فإنَّ له أن

(١) وتحقيق جواب الحنفية عن هذا أنهم بعد استدلالهم بعموم قوله تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾، وأنه يتناول المة، لا يلتفتون للمنع بعلة تعريض الولد للرق، وذلك نكاح العقيم والعجوز يجوز، وفيه تضييع النسل أصلا، فلأن يجوز نكاح الأمة، وإن كان فيه تضييع صفة الحرية للنسل أولىٰ، وكذلك إن تزوج أمة ثم قدر علىٰ طول الحرة أو تزوج حرة كان له أن يطأ الأمة بالنكاح بعد ذلك، وفي هذا تعريض ولده للرق، أيضا لأن العلة لو كانت إرقاق الولد لما جاز عند الحاجة كما لا يجوز إرقاق ولده الحر عند الحاجة ولجاز له أن يتزوج مطلقا بالأمة الآيسة والرتقاء ولكان جائزا للمجبوب، وهو باطل أيضا بإدخال الحرة علىٰ الأمة ومن نصفه حر ينكح الأمة عندهم مع القدرة علىٰ الحرة، وكذا العبد يجوز له أن يتزوج أمتين، ولا يجوز ذلك للحر فجعلوا ملكه أزيد علىٰ ملك الحر ولا يجوز للعبد أن يتزوج الأمة الكتابية عندهم لكونه ضروريا وقياسه أن لا يجيزوا له إلا أمة واحدة؛ لأنه ضروري كالحر وهذا تناقض، وبهذا يتبين أن اعتماد الشافعية علىٰ هذا المعنىٰ لتخصيص العموم في الآية لا يصح، وأمر ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٠٩/٥، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١١١/٢.

ينكح الأمةَ مع القدرة علىٰ الحرة.

۞ **قلنا**: لأن وجهَ المناسبة كونُ النظر للولد واجبًا مع الإمكان، والعبد غير مؤاخَذٍ شرعًا بالنظر لولده؛ بخلاف الحرِّ، وانضم إليه أنَّ كَوْنَ الولد مثلَ الوالد ليس بعيدًا عن النظر، وإنما البعيد رِقُّ ولد الحر، فهو الذي يُعَدَّ ضِرارًا علىٰ ما يقتضيه الأصل والحرية في ولد العبد إذا حصلت عُدَّتْ فضيلةً، وليس نظر الشرع في حسم الضرار كنظره في اكتساب الفضائل، فلم يكن في معنىٰ المنصوص عليه.

❊ **فإن قيل**: إذا نكح حرة وتحتَه أمة فله أن يطأها وهو به مُرِقٌّ ولدَه مع الاستغناء عنه.

۞ **قلنا**: العلة متصوبة لنفي انعقاد نكاح المستغني، وليس يَرد عليه نقضًا، والسِّرُّ فيه أن الحاجة شرطٌ، والاستغناء مبطلٌ، والشرائط تُعتبر لابتداء الانعقاد كالانفكاك عن العدة والردة ووجود الشهادة، وهذا لمكانِ أن الوطء في حكم الدوام، والسبب المضاف إلىٰ الأب هو النكاح، وقد سبق؛ فصار في حكم المستوفي، ولا سبيل إلىٰ الانعطافِ عليه، وقد منع المزني هذه المسألةَ[(١)]، فليوافِقْه من يتقاعد به التقريرُ عن تحقيقِ الجواب.

❊ **فإن قيل**: الحكمُ في الأصلِ إنما ثبَتَ بقولِه ﷺ: «لَا تُنْكَحُ الْأَمَةُ عَلَىٰ الحُرَّةِ»[(٢)] وليس مُعلَّلًا بما ذكرتموه؛ بل هو معلل بسبب آخرَ، وهو أن

---

(١) ينظر: مختصر المزني، ٨/٢٦٩.

(٢) قال في البدر المنير، ٧/٦١٦ ـ ٦١٧: هذا الحديث مروي من طريقين، أما المرفوع فرواه سعيد بن منصور ـ في سننه (٧٤١) ـ: ثنا إسماعيل ابن علية، حدثني من سمع الحسن=

الرقَّ مؤثر في تنصيف حق النكاح في حق العبد حتىٰ لا يَنكِحَ إلا ثِنْتَينِ علىٰ النصف من الحرِّ، فاقتضىٰ هذا أن تقتصر الأمة علىٰ نِصف زوجٍ؛ لتكون علىٰ نصف الحرة، فإنَّ الأمةَ والعبد في الرقِّ يتساويان ليس بينهما فرقٌ في النكاح إلا في كونِ العبد مالكًا في النكاح، والأمةِ مملوكةً، وللأمَةِ أيضًا حقٌّ في النكاح لا بُدَّ مِن تنصيفه، ولذلك نُصِّفَ في القَسْمِ حتىٰ كان للأمَةِ ليلةٌ وللحرَّةِ ليلتين[1]، فهي أيضًا علىٰ نصف الحرَّةِ، ولكن تعذَّر تجويزُ النكاح في نصف الزوج، فإنه لا يتبعَّضُ، فيُنَصَّفُ بالتوزيع علىٰ الأحوال ويقالُ: يحِلُّ للأمةِ النكاحُ في حالٍ؛ وهي حالُ فَقْدِ الحرةِ، ولا يحِلُّ في

= يقول: نهىٰ رسول الله ﷺ أن تنكح الأمة علىٰ الحرة.

ورواه البيهقي - في السنن الكبرىٰ (١٤٠٠٢) - من حديث يزيد بن سنان، ثنا معاذ بن هشام، حدثني أبي، عن عامر الأحول عن الحسن به.

قال البيهقي بعد أن أخرجه من طريقيه: هذا مرسل، ثم قال: إنه في معنىٰ الكتاب؛ أي: قوله: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥]، ومعه قول جماعة من الصحابة ﷺ.

ورواه الإمام أحمد في «علله» - في العلل ومعرفة الرجال (٤٣٢٦) -، ثم قال: هذا حديث غريب، إنما رواه عمرو بن عبيد، وهو غريب من حديث عامر الأحول، وقال عبد الحق في «أحكامه»: حديث الحسن هذا مرسل ومنقطع.

وأما الموقوف فأثرُ علي رواه البيهقي من حديث المنهال بن عمرو عن زر بن حبيش عنه «إذا تزوجت الحرة علىٰ الأمة قسم لها يومين وللأمة يوما، إن الأمة لا ينبغي لها أن تزوج علىٰ الحرة».

وأثر جابر، رواه البيهقي - في السنن الكبرىٰ (١٤٠٠٣) - أيضا من حديث الحجاج؛ ثنا ليث، حدثني أبو الزبير عنه، قال: «لا تنكح الأمة علىٰ الحرة، وتنكح الحرة علىٰ الأمة، ومن وجد صداق حرة فلا ينكحن أمة أبدًا» ثم قال: هذا إسناد صحيح.

(١) كذا في الأصل، والجادة: «ليليلتان»، اسم «كان»، والمثبت جائز علىٰ تقدير فعل ويكون «ليلتين» مفعولًا به، والتقدير: ويقسم للحرة ليليتين.

حالِ وجود الحرةِ، فيكون للحرة حالتان، وللأمةِ حالةٌ واحدة تنصُّفًا بقدرِ الإمكان؛ كما أن العبد المشترك إذا كان لا ينقَسِمُ ولا يُمكِنُ التساوفُ في الانتفاع، يقسم مُهايأَةً بالأوقاتِ، وهذا المعنىٰ لا يوجِبُ اشتراطَ خوفِ العَنَتِ وفَقْدَ طَوْلِ الحرَّةِ، بل يوجب أن تكون الأمة في حالِ فَقْدِ الحرَّةِ كالحرة؛ كما كان العبد في الثنتين كالحر في أربعٍ، وتعليلُ المنع بالرق في المنكوحة أَوْلىٰ مِن تعليله بإرقاق الولد؛ إذ الرقُّ قد ظهر تأثيرُه في التنقيص بالاتفاق في العبد، وفي قَسْمِ الأمة، والعلةُ المؤثرة أَوْلىٰ من المناسبة علىٰ ما قررتموه في كتاب شفاء/ الغليل في الأصولِ. ٢٤٨/ب

۞ **قلنا:** نعم المؤثِّرُ قد تقدَّم علىٰ المناسب، ولكن لا تدافُعَ بينهما في هذا المقام؛ فإنا رضينا بما ذكرتموه مِن كَوْنِ الرق مؤثرًا في التنصيف، ولكن كان التنصيف ممكنًا بأن يُعكس هذا، فيُجَوَّز عند وجود الحرة ويمتنع عند عَدَمِه، أو يجوَّزُ للأمة نكاح العبد دون الحرِّ أو بالعكس، أو يجوز لها نكاحُ مَن هو أكبر سنًّا منها دون من هو أصغَرُ، وبالعكس فما يمكن التنصيفُ به لا حَصْرَ له، فَلِمَ عيَّن الشرُع وجودَ الحرة لنصف المنع؟ لا بُدَّ من البحث عنه، وقد عثرنا فيه علىٰ معنًىٰ مُخيلٍ، وهو حصول التنصيف به مع النظر للجانبين في أمر الولد؛ إذ لكُلِّ واحدٍ منهما حظٌّ في الولد، ومهما حرَّمنا الأمةَ علىٰ الحرِّ، فقد حرَّمنا الحرَّ أيضًا، وهو لا يستحِقُّ حِرمانًا، فعيَّن لحالة الحرمان ما يُعَوِّضُ له عنه جبرًا مما فاته، وهو حرية الولد؛ فإنه خيرٌ من نكاح الأمة مع الاستغناءِ، وهذا المعنىٰ يقتضي أن يكون حالةُ القدرة علىٰ الحرة ملتحقة بشطر المنع لا بشَطْرِ الإباحة، فإنه في معناها في السبب الذي لأجلِه عُيِّن للمنع، وهذا لتحقيقٍ؛ وهو أنَّ ما ذكروه وجودٌ مِن

التنصيف في الزوج الواحدِ يقتضي حَسْمَ باب النكاح، فإن ما لا يتجزَّأ إذا ازدحم عليه الوجودُ والعَدَمُ، غُلِّبَ ما هو الغالبُ، ولذلك إذا أوقع نصفَ طَلْقةٍ غُلِّبَ النفوذُ على السقوط، وإذا عَفا عن بعض القصاصِ فكَمِثْلٍ، والعبدُ على النصف من الحرِّ في الطلاقِ، فيكون له طلاقٌ ونصفٌ، ولكن كمُلَت اثنتَين تغليبًا للوقوع، وعِدَّةُ الأمة نصفُ عِدَّةِ الحرَّة، فيكون قَرْأً ونصفًا، فكمُلَ قَرْءَينِ؛ تغليبًا في العِدَّةِ للوجوب لا للسقوط، فكان هذا التغليبُ يقتضي حسمَ باب نكاح الأمَةِ تغليبًا للحظر بعد تقابل المبيح والحاظر على النِّصفينِ، ولكن فيه فواتُ تحصُّنِ الإماءِ، فجُوِّزَ نِكاحُهنَّ رُخصةً مستثناةً عن المنع الذي اقتضاه القياسُ، وما استُثني عن مَنْعٍ وقُيِّدَ بقيدٍ، بَقِيَ مقصورًا على محلِّ القيد، وقد قال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾[1] الآية خصَّص ذلك بهذه القيود، فاختُصَّت به، وإذا ثبت أن الأصل هو المنعُ، وأن الجواز رخصةٌ؛ فلا خَفاءَ بوجوبِ اتباع القيودِ[2].

---

(١) سورة النساء، جزء من الآية (٢٥).

(٢) وجوب اتباع القيود الذي ذكره المصنف هنا هو عين الاستدلال بمحل النزاع، وبيان ذلك أن سبب اختلافهم في الأصل يعود إلى تعارض العموم مع مفهوم المخالفة، وبيان ذلك أن العموم مستفاد من قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ﴾، ودليل الخطاب من قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾، وقوله: ﴿فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ فالمفهوم فيهما أن من وجد الطول لا يحل له نجاح الأمة، وكذلك التقييد بالمؤمنات مفهومه أن غير المؤمنات لا يصح نكاحهن، فمن تمسك بالعموم قال بعدم اشتراط أي قيد في نكاح الأمة، ومن قال بالمفهوم اعتبر الشرطين وهما عدم وجود الطول وخوف العنت، مع كون الأمة مؤمنة، ودليل الخطاب أقوى ههنا ـ والله أعلم ـ من العموم، لأن هذا العموم لم يتعرض فيه إلى صفات الزوج المشترطة في نكاح الاماء، وإنما المقصود به الامر بإنكاحهن وألا يجبرن على النكاح. ينظر: بداية المجتهد، ٢/٣٥، تهذيب الفروق، ٣/١٦٩.

❊ **فإن قيل**: لا يمكن أن يُدَّعىٰ أن القياس المنعُ ؛ بل القياس التنصيفُ ، وهو المنع في حالٍ ، والجوازُ في حالٍ ، ومن ادَّعىٰ أن الأصل المنعُ ، قابله قولُ القائل: الأصلُ إباحةُ النكاح شَرْعًا ، فبعد التنصيفِ بالأحوال صار الحِلُّ في حال الحلِّ أصلًا ، والمنعُ في شَطْرِ المنع أصلًا ، ولم يَرِدَ المنعُ إلا بقوله: «لَا تُنْكَحُ الْأَمَةُ عَلَىٰ الْحُرَّةِ» ، فانضبط به نصفُ المنع ، وصار الباقي نِصفَ الحِلِّ.

❁ **قلنا**: لا ؛ بل إذا رأىٰ الشرع التشطيرَ ، فذِكْر نصف الإباحة يوجبُ بيانَ نصف المنع كعكسه ، والله تعالىٰ ذكر محلَّ الإباحة في قوله: ﴿من لم يستطع﴾ إلىٰ قوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ ، فتعين الباقي للوقوع في محل الحَجْرِ ، ولكن لمَّا ذكر/ اللهُ محلَّ الإباحةِ ، وذكر الرسولُ ﷺ محلَّ الحَجْرِ ، صار الخارجُ عن النصَّينِ مردَّدًا ، وهو النكاح عند وجودِ طَوْلِ الحرةِ ، وإلحاقُه بشَطْرِ المنع أَوْلىٰ مِن وجوهٍ ؛ أحدهما: أن الحكمَ مهما تعارَضَ في حِلِّ البضع وتحريمِه ، كان الحَظْرُ أغلبَ ؛ كما ذكرناه في المحلِّ الذي لا يتجزأ. [٢٤٩/أ]

والثاني: أن مفهوم سياق الآية أظهرُ مِن مفهوم قولِه: «لَا تُنْكَحُ الْأَمَةُ عَلَىٰ الْحُرَّةِ» ؛ لأنه صيغةُ الشرط في أوَّله ، وقال في آخره: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ ، فهو صيغةُ الحصرِ ، فيظهر في نفي الحُكمِ عند عَدَمِه.

والثالث: أن معنىٰ الحكم عند وجود الحرَّةِ صار معقولًا ، وهو الاستغناء عن إرفاق الولد ، ومعنىٰ الإباحة عند العجز صار معقولًا ، وهو الحاجة ،

والقادرُ علىٰ طَوْلِ الحرَّةِ في قضية الحاجة والاستغناءِ في معنىٰ محلِّ المنْعِ؛ لا في معنىٰ محلِّ الإباحة.

والرابع: أن القياس مُشيرٌ إلىٰ منع نكاح الإماءِ؛ إذ مقصود النكاح التواصلُ بالاستمتاعِ، وذلك مُتكَدِّرٌ بتسليمِها نهارًا إلىٰ سيدها، وبمُسافرتِه بها كما يشاء، ويُقصدُ مِن النكاح التناسلُ والولدُ، وأَمْرُه مُختَّلٌ بالرقِّ؛ كما سبق، فإن سُلِّمَ تقابلُ الأصلين في المنع والإباحة: فهذه الجملة كافية في الترجيح قاطعةٌ.



مَسْألَةٌ: الدليل علىٰ الشرط الثاني، وهو الإيمان في الأمة المنكوحة؛ حتىٰ لا يجوزَ نكاح الأمة الكتابيةِ كما سبق، وهو أن الميلَ في نكاح الإماء إلىٰ المنعِ عند مقابلةِ المعاني والمقاييس؛ لما سبق من الترجيحات، ونكاحُ الأَمَة الكتابيةِ لم يتناوَلْه سياقُ آية الإباحة، فلم يقَعْ في شرطِه، ونَصُّ رسول الله ﷺ في شَطْرِ التحريم أيضًا لم يتناوَلْه؛ إذ قال: «**لَا تُنْكَحُ الْأَمَةُ عَلَىٰ الْحُرَّةِ**»، ولم يتعرَّضْ للكُفْرِ، فدَارَتِ الأَمَةُ الكتابية بين الشَّطرينِ؛ فإن ثبت بما تقدم أن الأصلَ منعُ نكاح الإماء، فقيد الرخصة في محلِّ الإباحة مُتَّبَعٌ، وقد قال: ﴿مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾، وإن قلنا: الحَظْرُ والإباحة في الأمة علىٰ التقابُلِ لحكم التنصيف ـ وهو الأميل إلىٰ الإنصافِ ـ فقد بينَّا أن الحَظْرَ في محلِّ الترددِ والتقابُلِ أَوْلىٰ وأغلب، والمعنىٰ الخاص الذي يدُلُّ في خصوص هذه المسألة علىٰ الترجيح هو ما تقدم من أن وجودَ الحرة إنما جُعل مَردًا لشطر المنعِ؛ لأنه يُغني عن رِقِّ الولد، والنظرُ للولد

لائق بالنكاحِ، ومتعلِّقٌ بالجانبين؛ هذا أصل المعنىٰ كما سبق، ويترجَّحُ بذِكْرِ وصف الإيمان، فإنَّ رِقَّ الولدِ مُضِر، وإذا رقَّ لكافرٍ فهو أضرُّ، والغالبُ أن الكافرةَ إنما تكونُ لكافرٍ، فصلَح رُجْحانُ الضِّرار لترجيح علَّةٍ أصلُها الضِّرارُ، وإن فُرِضَتِ الأَمَةُ لمسلمٍ؛ فصيانة الولد عن حضانةِ الكافرة لائقٌ بالنظر، وقد قال ﷺ: **«تَخَيَّرُوا لِنُطَفِكُمْ»**(١)، وقال: **«كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَىٰ الْفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ وَيُنَصِّرَانِهِ وَيُمَجِّسَانِهِ»**(٢)، فصَوْنُ الولدِ عن خطر الرق نَظَرٌ لدُنياه، وصَوْنُه عن خَطَرِ الاغترار بخِداعِ المربِّيةِ الكافرة التي في حَجْرها نَشْؤُه وفي حضانتها بلوغُه ـ نظرٌ لدينِه، فكان لائقًا بأصل القاعدةِ،

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، (١٧٤٣٢) من كان يحب أن يتخير في التزويج ومن كان لا يفعل، وابن ماجه في سننه (١٩٦٨)، وابن أبي الدنيا في العيال (١٢٧)، وابن عدي في الكامل ٦٤/١، والدارقطني (٤١٦)، والحاكم في المستدرك (٢٦٨٧)، والخطيب، ٢٦٤/١، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٣٧٥٨) باب اعتبار الكفاءة من طريق الحارث بن عمران الجعفري عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة مرفوعًا. وأخرجه الحاكم (٢٦٨٨) من طريق عكرمة بن إبراهيم عن هشام بن عروة به مثله. وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي فقال: قلت: فيه الحارث بن عمران الجعفري وهو متَّهم، وعكرمة بن إبراهيم ضعفوه.

وقال ابن حجر في التلخيص، ١٤٦/٣: ومداره علىٰ أناس ضعفاء رووه عن هشام أمثلهم: صالح بن موسىٰ الطلحي والحارث بن عمران الجعفري، وهو حسن».

وقال في الفتح ١٠٢/٩: وأخرجه أبو نعيم من حديث عمر أيضا وفي إسناده مقال، ويقوىٰ أحد الإسنادين بالآخر. ينظر: مختصر تلخيص الذهبي، ٦٣٠/٢، والتلخيص الحبير ٣٠٩/٣.

(٢) أخرجه البخاري (١٣٥٨) باب باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يصلىٰ عليه، وهل يعرض علىٰ الصبي الإسلام، وفي (١٣٨٥) باب ما قيل في أولاد المشركين، وفي (٤٧٧٥) باب ﴿لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾ [الروم: ٣٠]: لدين الله، خلق الأولين: دين الأولين، والفطرة الإسلام، وفي (٦٥٩٩) باب: الله أعلم بما كانوا عاملين، ومسلم (٢٢/٢٦٥٨، ٢٣) باب معنىٰ «كل مولود يولد علىٰ الفطرة»، وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين.

وانضمَّ إلىٰ شهادةِ هذا المعنىٰ تخصيصُ حالةِ الإيمان بالذكرِ، وله دَلالةٌ علىٰ نَفي الحكمِ/ عما عداه، إذا كان فيه مناسبةٌ، وكيف لا ولو شاركَتِ الكافرةُ المؤمنةَ لاقتصر علىٰ قولِه: ﴿مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ﴾ أو قوله: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُم﴾ أو عطَف عليه الكتابيَّات؛ كما عطَف في قوله ﴿وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ﴾، لمَّا تعرَّضَ للحرائر.

٢٤٩/ب

وعلىٰ الجملة قَيْدُ الإيمان إن دَلَّ علىٰ نفي الحكم عما عداه قولًا بالمفهومِ، فهو الغَرَضُ، وإلا فيُمنع إلحاقُ غيره به بالقياس إذا لم يكُنْ في معناه، وليس في معناه لما نبَّهْنا عليه مِن حاجة الولد، ولأمر آخرَ، وهو أن الرقَّ مؤثرٌ في المنع اتفاقًا، فإذا تأيَّدَ بالكفر الذي له أثرٌ في الكراهية ـ وفي المنع أيضًا حتىٰ مُنِعَ المسلمُ نكاحَ الكافرة لم يكُنْ مجموع الأثرين في معنىٰ الآحادِ؛ فإن الشيءَ يتغلَّظُ ويعظُمُ بانضمام غيرِه إليه إذا كان يناسبُه، والرقُّ يناسِبُ الكُفْرَ؛ بكونه نتيجةً له، ولما تغلَّظَ أصلُ الكفرِ بالتوثُّنِ والتمجسِ، صار مانعًا بعد إن لم يكن مانعًا، فلا يبعُدُ مثلُه في هذا المقامِ، ومع هذه التلويحاتِ لا يغلُبُ علىٰ الظنِّ كَوْنُ الكتابيةِ في معنىٰ المؤمنةِ، وآحادُ هذه اللوامعِ قد لا يستقِلُّ ويتَهَدَّفُ للاعتراض، ولكن حقُّ المجتهدِ أن يُلاحِظَ مجموعَه ويستثيرَ مِن جملته الظنَّ، فلا يَفتحُ بابَ الاعتراض علىٰ الآحادِ، وكيف لا وخبرُ التواترِ يُورِثُ العِلمَ؟! وهو مجموعُ آحادٍ لا تُورِثُ إلا الظنَّ، فانتهىٰ بالاجتماع إلىٰ رُتبة العلم، وإنما عُدَّتِ المسألة من الغوامض؛ لأن ذِهْنَ معظم ذوي الفِطَنِ لا يتَّسِعُ للاحتواء علىٰ مجموع مُفَرَّقاتٍ في حالةٍ واحدة حتىٰ يستفيدَ الظنَّ منها، فيتلقَّاها مِن واحدةٍ واحدةٍ، فلا يصبِرُ

علىٰ السَّبْرِ، ومن سدد نظَرَه، ورسَخَ في صدره خَطَرُ النكاحِ وغلبةُ الحَظْرِ فيه، يمنعُه ذلك عن جَسارةِ إلحاق الكتابيَّةِ بالمسلمةِ، فيُثير تحيرًا وترددًا، فكفىٰ ذلك في تغليب الحظر أو ظنًّا غالبًا في الحظر كما سبق.

❊ **فإن قيل:** قَيَّدَ المحصناتِ في صدر الآية بالمؤمنات، ومع ذلك عندكم القادرُ علىٰ حُرَّةٍ كافرةٍ لا ينكِحُ الأمةَ عندكم.

❁ **قلنا:** فيه مَنْعٌ، وإن سُلِّمَ، فهذا مِن قَبيلِ الاعتراض علىٰ آحاد القرائن، وإن التقيُّدَ بمجرده ليس دليلًا علىٰ النَّفْيِ في كل حالٍ، ولكن لما ظهر أَمْنُ الولد في الرق الذي ذكرناه وضررِه، وكانت الحرةُ الكافرة كالمسلمة في حرية الولد، فالقادر عليها كالقادر علىٰ المسلمة، كيف وذلك توسُّعٌ فيم يوجِبُ الحظرَ؛ إذ قلنا: القدرة عليها أيضًا يوجب الحَظْرَ، وقد بينًّا معظم الترجيحات علىٰ تغليب معنىٰ الحظر؟! فكيف يَرِدُ ذلك علينا؟



مَسْأَلَة: الكافر إذا أسلم علىٰ أختين أو عَشْرِ نسوةٍ، اختار عددَ الشرعِ واستمرَّ نكاحُه عليهنَّ، واندفَع نِكاحُ الباقياتِ[1]، وقال أبو حنيفةَ:

(١) ينظر: الأم، ٥/٦٤٩، والحاوي الكبير، ٩/٢٥٦، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٢/٢٨٣، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٣/١٥٣، قال الإمام الشافعي في الأم: «وإذا أسلم الرجل الحربي وثنيا كان أو كتابيا وعنده أكثر من أربع نسوة نكحهن في عقدة أو عقد متفرقة أو دخل بهن كلهن أو دخل ببعضهن دون بعض أو فيهن أختان أو كلهن غير أخت للأخرىٰ قيل له: أمسك أربعا أيتهن شئت ليس في الأربع أختان تجمع بينهما ولا ينظر في ذلك إلىٰ نكاحه أية كانت قبل وبهذا مضت سنة رسول الله ﷺ»، وهو قول الإمام مالك، ومحمد بن الحسن من الحنفية، وأبي ثور، ينظر: الفروق، ٢/٩١، والفروع، =

يتدافع نكاحُ الكلِّ إن نكَحهنَّ في عَقدةٍ واحدة، وإن نكحهن في عقودٍ متواليات تعيَّنَتِ السابقاتُ للصحةِ، واللاحقاتُ للبُطلانِ[1]، والمعتمد ما روي أن ابن غيلان أسلم علىٰ عَشْرِ نِسوةٍ، فقال له رسول الله ﷺ: «اخْتَرْ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»[2]، وأسلم حارثُ بن أسلَمَ علىٰ خمس فقال/: «أَمْسِكْ أَرْبَعًا وَفَارِقِ الْخَامِسَةَ»[3]، فقال: تعمدتُ إلىٰ أقدَمِهن صحبةً

٢٥٠/أ

= ١٩٠/٥، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ١٧/٢، وكشاف القناع علىٰ متن الإقناع، ١٢٢/٥.

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٥٤/٥، والبناية شرح الهداية، ٣٢٠/١، قال السرخسي: «وفرق محمد بن الحسن بين أهل الحرب وأهل الذمة، فقال: لو كانت هذه العقود فيما بين أهل الذمة كان الجواب كما قاله أبو حنيفة ﷺ؛ لأن خطاب الشرع بحكم الشيوع في دار الإسلام يجعل ثابتا في حق أهل الذمة، وإن كنا لا نتعرض لهم ما لم يسلموا».

(٢) أخرجه ابن ماجه في السنن، كتاب النكاح، باب: الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، (٦٢٨/١ رقم ١٩٥٣) من حديث عبد الله بن عمر، ولفظه: أسلم غيلان بن سلمة وتحته عشر نسوة، فقال له النبي ﷺ: «خذ منهن أربعًا»، والترمذي في السنن، أبواب النكاح، باب: ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة، (٤٢٦/٢ رقم١١٢٨) من حديث عبد الله بن عمر بلفظ: أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية، فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يتخير أربعا منهن، وأخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب النكاح، باب: نكاح الكفار، (٤٦٥/٩ رقم ٤١٧٥) من حديث الزهري، عن سالم، عن ابن عمر، مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب: جامع الطلاق، (٧٦)، والدارقطني في السنن، كتاب النكاح، باب: المهر، ٤٠٣/٤ رقم ٣٦٨٣، من حديث ابن شهاب عن عثمان بن محمد بن أبي سويد، وقد روي هذا الحديث مرسلًا عن الزهري، وقال البخاري تعليقًا علىٰ هذا الحديث: «هذا حديث غير محفوظ، والصحيح ما روىٰ شعيب بن أبي حمزة وغيره عن الزهري» يقصد الصحيح المرسل لا المرفوع، ورجال الحديث رجال الصحيح. ينظر: البدر المنير، ٦٠٣/٧، ومجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ٢٢٣/٤، والتلخيص الحبير، ٣٦٩/٣.

(٣) لم أقف علىٰ هذا الحديث عن الحارث بن أسلم بهذا اللفظ، وأخرج البيهقي في معرفة=

وفارَقْتُها، وكانت تُناشدني الخِدْمَةَ والقِدمةَ، وتُوَلْوِلُ. ولا أصلَ للاختيار عندهم.

❊ **فإن قيل**: نقول بموجبه؛ فإنَّ عندنا يختار أربعًا منهن، فيُجدَّدُ النكاح عليهن، والاختيار مُتَّفقٌ عليه، والنزاع في طريقِه، فعندكم يختارُ للاستصحابِ، وعندنا لابتداء العقدِ، وهذا ليس بعيدًا في التأويلاتِ، وقد تأيد بقياسٍ قاطعٍ؛ فهو أن طرئانَ الإسلام المانعَ مِن الجَمْعِ، كطرئان الرضاع علىٰ الصغيرتين المانعِ من الجمع بحُكمِ الأخوَّةِ الحادثة، وذلك يوجب التدافعَ بالاتفاقِ، فتأويلُ الحديثِ أَهْوَنُ مِن احتمال التناقض في هذا القياس الواضح، ولا يندفع ذلك بصيغة الأمر في قوله: «اخْتَرْ»، ولا بحصره فيهنَّ، ولا بتخصيصه بأربعٍ مع جواز الإعراض والاقتصار علىٰ الواحدة؛ لأن الأمر في مِثل هذا المقام ظاهرٌ في الإطلاق والإباحةِ، قال ﷺ: «مَلَكْتِ نَفْسَكِ فَاخْتَارِي»[1]، وقال: «﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾[2]، و﴿فَإِذَا طَعِمْتُمْ فَٱنتَشِرُوا۟﴾[3]، ومَن تجدَّدَ له سلطنةٌ بسبب جديدٍ يُنَبَّهُ علىٰ سلطنته

= السنن والآثار، ١٠/١٣٧ رقم ١٣٩٦٧ من حديث نوفل بن معاوية الديلي، قال: أسلمت وعندي خمس نسوة فقال لي رسول الله ﷺ: «أمسك أربعا أيتهن شئت وفارق الأخرىٰ»، فعمدت إلىٰ أقدمهن صحبة عجوز عاقر معي منذ ستين سنة فطلقتها.

(١) لم يرو هذا اللفظ مسندًا عن النبي ﷺ، والمشهور رواية بريرة في الصحيحين: أنه خيرها ﷺ، وذكر ابن التركماني هذه الرواية في الجوهر النقي ٧/٢٢٤ بلا سند، فقال: «لأنه روىٰ في بعض الآثار أنه ﷺ قال لها: «ملكت نفسك فاختارى»، وعزاه إلىٰ التمهيد لابن عبد البر. ينظر: التمهيد، ٣/٥٧.

(٢) سورة المائدة، جزء من الآية (٢).

(٣) سورة الأحزاب، جزء من الآية (٥٣).

بصيغةِ الأمرِ، والمراد به الإذنُ، وأما الحصر والتخصيص بالأربع: جَرىٰ بِناءً علىٰ الغالب؛ إذ ناكِحُ العشرة لا بُدَّ وألَّا يَقْنَعَ منهن بأقلَّ مِن أربعٍ، وكذلك لا يندفِعُ بقولِه: «أَمْسِكْ»؛ فإن معناه: قرينَتَك مع نفسِك بتجديد العقد؛ كما قال: «فَارِقْ»، وليس المعنيُّ به تفويضَ الفراقِ إليه، فإنه حاصلٌ دون اختياره، ولكن معناه المفارقةُ في البيت والمسكَنِ بالتسريحِ المعتاد عند الفراق.

۞ قلنا: هذا التأويلُ باطلٌ لا لمجردِ المخايلِ التي زيَّفْتُموها، ولكن بها وبأمور سواها إذا انضمت إليه أثارَتِ القَطْعَ بالبطلان؛ أحدها: تَرْكُه الاستفصالَ وأمرُه بالاختيارِ، ومذهبُ الخَصمِ تعيُّنُ نِكاح السوابِقِ، والرجلُ حَديثُ العَهد بالإسلامِ، والحاجةُ ماسَّةٌ إلىٰ البيان، فلو كان الحكْمُ يختلف بترتُّبِ النكاح وتساوُمِه لاستفصل قَطْعًا، فتَرْكُه مع الحاجةِ دليْل علىٰ عموم الحُكْمِ، وكيف لا والخِيَرُة في ابتداء النكاحِ تثبُتُ في صورة واحدةٍ؟! وهو إذا جمعَهُنَّ في عُقدةٍ واحدة، وذلك هو النادر الذي لا يُتصوَّرُ وتنطوي الدهورُ ولا يَقعُ؛ فكيف تَرَكَ حُكْمَ الغالبِ في الوقوع وذَكَرَ حكمَ النادرِ وتَرَكَ الاستفصالَ؟! وكيف وقد قال الحارثُ بن أسلَمَ: عَمَدْتُ إلىٰ أقْدَمِهنَّ صُحبةً ففارقْتُها؟! والأقدم تتعيَّنُ للصُّحبةِ عندهم ولو كان المرادَ ابتداءُ النكاحِ، لكان ذلك أهَمَّ حُكْمٍ يبتدِئُ به رسولُ الله ﷺ بالبيانِ، فإنَّ شُروَط النكاح لا بُدَّ مِن تعلُّمِها، ولو كان ذلك لفُرِض جَرَيان عَقْدٍ، فإنَّ الدواعيَ تتوفر علىٰ نَقْلِ مِثل ذلك، ولفُرِضَ ثَورانُ نزاعٍ في التراضي في ابتداء العقدِ؛ مع تكرُّرِ هذه الوقائع وكثرتِها، فمجموع ذلك دليلٌ قاطعٌ علىٰ ثبوت

الاختيارِ، وتَرْكُ الاستفصالِ مِن أعظمِ الأدلة؛ مع أن الغالبَ الترتُّبَ في الأنكحةِ، وأما مخالفةُ قياسِ الرَّضَاعِ، وحَمْلُ هذا علىٰ تخفيفٍ علىٰ الكافر وترغيبٍ له في الإسلام بإبقاء حقِّه مِن أزواجِه ـ أَهْونُ مِن تقدير هذا التأويلِ/ البعيد. ٢٥٠/ب

❊ **فإن قيل:** عندنا إنما تندفع الأنكحةُ إذا وقَعَتْ جمعًا في زمانِ تحريمِ الجمع وورودِ الحَصْرِ، ولعلَّ أنكحةَ أولئك الكفار جَرَتْ قبل نزول آية الحَصْرِ، وهو قولُه: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[1]، وقبْلَ نزولِ تحريم جَمْعِ الأختين، وهو قولُه: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾[2]، فلم يكُنْ في الحال مخالفًا لشرطِ الإسلامِ، كيف ويحتمِلُ وقوعُه قبلَ بَعثةِ الرسول؟ إذ لم يُنْقَلْ أنَّ هذه الواقعةَ وقَعَتْ في ابتداء الإسلامِ أوفي آخر الأمْرِ، وليس ما ذكرناه كاحتمالِ النَّسْخ؛ فإنَّ الحُجَّةَ لا تقومُ إلا ببيانِ وقوعِه بعدَ ورودِ الحَصْرِ، والاحتمالُ متعارِضٌ، ودَعْوىٰ التأخُّرِ كَدَعْوىٰ التقدُّمِ.

والجوابُ مِن وجَهينِ؛ أحدهما: أن الحكم لو كان يختلِفُ بتاريخ أوَّلِ العقدِ، لاستَفْصَلَ؛ فإنَّ تواريخَ العقودِ لا يُنسىٰ غالبًا، فمَن تأمَّل سياقَ كلامِ الرسولِ في هذه الأخبار والوقائع، عَلِمَ قطعًا أنه ساق سِياقَ مَن ليس يعتني بتفصيلٍ، كيف وإذا سلمتم لنا في هذه الصورة الاختيارَ ـ مع أن ورودَ الحَصْرِ في الإسلام طرَأ علىٰ الدوام؛ كما في مسألة الرَّضاعِ انقلب عليهم الإشكال.

---

(١) سورة النساء، جزء من الآية (٣).
(٢) سورة النساء، جزء من الآية (٢٣).

❁ **فنقول:** ثبت الاختيارُ في هذه الصورةِ، وانتفىٰ في مسألة الرضاعِ، وتنازَعْنا في إسلامِ مَن عقَد الأنكحةَ بعدَ ورود الحصر، فالإسلام بالإسلام أشبهُ بطريق الرخصةِ، والحذارِ مِن التنفير، وهذا قاطعٌ، ولا يتمَهَّدُ لهم عذرٌ إلَّا وينتقض بمسألة الرضاعِ عليهم.



❁ **مَسْأَلَة:** **رِدَّة المرأةِ سببٌ لفسخ النكاح وِفاقًا، ثم لو ارتَدَّ الزوجُ معها لم يندفَعِ الفَسْخُ**[1]؛ خلافًا لأبي حنيفة[2]، والمعتمدُ: أن رِدَّةَ المرأة تُفَوِّتُ محليةَ الحِلِّ في حق المسلم، والمرتدُّ مؤاخَذٌ بجميع علائق الإسلامِ، ولذلك مُنع من وطءِ المرتدَّةِ، ومِن ابتداءِ نكاحِها، ومِن كل ما يُمنَعُ المسلمُ منه.

❁ **فإن قيل:** لا؛ بل النكاح ينفسِخُ عند رِدَّتِها باختلاف الدِّين، وكذلك ينفسخ بردَّةِ الزوج أيضًا إذا انفرَدَ، ومهما ارتدَّا فقد انعَدَم اختلافُ الدِّينِ، وأما الابتداءُ فإنما لم ينعقِدْ لتحريم الوطءِ؛ كما لا ينعقد نكاحُ

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٢٩٦/٩، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٣٧١/١٢، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١٤٢/٧، وهو مذهب المالكية والحنابلة وقول زفر من الحنفية، ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٤٩/٥، والكافي في فقه أهل المدينة، ٤٨٥/١، والذخير، للقرافي، ٣٣٥/٤، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٤٧٩/٣، وروس المسائل الخلافية، ص١٠٢٠، والمغني، ١٥٩/٩، والفروع، ٣٠٣/٨، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٣٩٦/٢.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٤٩/٥، وبدائع الصنائع، ١٣٦/٧، والبناية شرح الهداية، ٢٤٨/٥، والاختيار لتعليل المختار، ١١٤/٣

المعتدَّةِ، ودَوامُ النكاح لا ينقطِعُ بتحريم الوطءِ؛ كما لا ينقطع بالعدَّةِ.

۞ قلنا: يستحيل أن يُحالَ علىٰ اختلاف الدينِ؛ إذ يجوز للمسلم نكاحُ اليهودية، وهذه قد تهوَّدَتْ، فدلَّ أن الردَّةَ تُفَوِّتُ محليَّةَ الحِلِّ، ولذلك حرُم وطؤُها بملك اليمين أيضًا علىٰ المرتد والمسلمِ، ولأنها توجِبُ نوعَ خُبْثٍ في المحلِّ بأمر الشرع باجتنابه، وإذا كان المسلم لا يتسلَّطُ علىٰ المرتدةِ، فَبِأَنْ لا يتسلَّطَ المرتدُّ عليها أَوْلىٰ، ولهذا المعنىٰ سوَّىٰ الشرع بينهما في تحريم الوطء، وقولُهم: إن تحريم الوطء يمنع الابتداءَ، ولا يقطعُ الدوام كالعدَّةِ؛ باطِلٌ؛ فإن ما يوجب تحريمًا مؤبدًا يقطع الدوامَ، ويدفع الابتداءَ؛ كالرضاع، وإن فرَّقوا بأن الردةَ يُتوقَّعُ انقطاعُها، بَطَل بالملكِ مِن جهة الشِّراء؛ فإنه يُتوقع انقطاعُه بالفسخ وغيرِه، ومع ذلك قُطِعَ الدوامُ.

❊ فإن قيل: لا نُسلِّمُ مَنْعَ ابتداء النكاحِ ولا تحريمَ الوطء.

۞ قلنا: ليس هذا مذهبًا لأبي حنيفةَ، كيف ونَصْبُ الدليلِ عليه هيِّنٌ؛ فإن الردة سببُ الحرمانِ عن الكرامة/ والسَّعةِ، وما ضاق شَرْعًا علىٰ المسلم كيف يستفيدُ المرتدُّ بردَّتِه سَعةً فيه؟! ومِلكُ النكاح كرامةٌ؛ شُرِع لأجل بقاءِ الجنس، والمرتدُّ مستحقُّ الإهلاك والإفناء، فكيف يُشرع الطريقُ إلىٰ إبقاء جنسِه؟! ولمَّا ظهر هذا في النكاح قَطَعْنا بأن الردَّةَ تُنافي ملكَه، وتردَّدْنا في مِلك اليمين؛ لبُعدِه عن هذا المعنىٰ من وجه، وكونِه كرامةً مِن وجهٍ.

[٢٥١/أ]

❊ فإن قيل: أبو حنيفة رأىٰ ذلك استحسانًا بأثر أبي بكرٍ؛ فإنه قاتل

أهل الردةِ حتىٰ أسلموا وقَرَّرَهم علىٰ أنكحتهم[1].

قلنا: كيف قُدِّرَ تساوق[2] كلِّ زوجين في كلمة الردةِ، ولو سبق أحدهما انقطع عنده، وهو الغالب، ثم الظنُّ بأبي بكر ﷺ أنه بنىٰ علىٰ جَرَيانِ ذلك بعد المَسيس والعَوْدِ قبلِ مُضِيِّ العدةِ، أو لعله نبَّه علىٰ إعادة النكاح فلم يُنْقَلْ، أو لعلَّه رأىٰ ذلك قياسًا؛ ونحن نُخالِفُه[3].

(١) ينظر: البناية شرح الهداية، ٥/٢٤٨.

(٢) التساوق في اللغة: الجمع، والضم. ينظر: تهذيب اللغة، مادة [وسق]، ٩/١٨٥، لسان العرب، مادة [وسق]، ١٠/٣٧٩.

(٣) وما ذكره الصنف آخرا هو المقدم والمعتمد عليه عند الحنفية، فالاستحسان هو مسلكهم في إثبات مذهبهم هنا، وهو أن الصحابة رضوان الله عليهم أقروا بني حنيفة علىٰ أنكحتهم لما ارتدوا ورجعوا، وهذا الفعل مع إقرار الصحابة عليه يعد إجماعا ولا يفعل إلا استحسانا، لأن مقتضىٰ القياس فسخ النكاح وهو ما يقر به الحنفيه بلا نكير، وقد أجاب المصنف عن هذا بجوابين: الأول: أن ارتداد الزوجين معا بعيد، والثاني أن الظن بأبي بكر ﷺ أنه بنىٰ ذلك علىٰ أن الردة وقعت بعد المسيس والعود كان قبل انقضاء العدة، ثم قال لو سلم ما استدل به الحنفية لكان قياسا من أبي بكر ونحن ـ أي الشافعية ـ يخالفوه.
وللحنفية الجواب عن ذلك من أوجه:
الأول: أنه إذا كان القول بأن ارتدادهما جميعا في وقت واحد مستبعد، فإنه ليس بأبعد من تقدير أن كل واحد منهما ارتد بعد المسيس ورجع قبل انقضاء العدة، بل لعل الثاني أبعد من الأول؛ لأن وقوع الردة في وقت واحد من الجماعة إذا تواطئوا وعزموا علىٰ ذلك غير بعيد؛ إذ كانوا يتبعون سادتهم في ذلك، فلا بعد في وقوع الردة منهم في وقت واحد.
الثاني: أن مستند الشافعية هنا القياس، قال الماوردي: «ودليلنا أنها ردة طارئة علىٰ نكاح فوجب أن يتعلق بها وقوع الفرقة قياسا علىٰ ردة أحدهما، ولأن كل حكم تعلق بردة أحدهما لم يزل بردتها قياسا علىٰ استباحة المال والدم وإحباط العمل، ولأن كل معنىٰ وقعت به الفرقة إذا وجد من أحدهما وقعت به الفرقة إذا وجد منهما كالموت» ينظر: الحاوي الكبير، ٩/٢٩٦. ولا يخفىٰ أن هذا القياس ظاهر لا يخفىٰ علىٰ أبي بكر ﷺ،=

❊ **مَسْأَلَة: إذا ارتدَّ أحدُ الزَّوجينِ بعدَ المَسيس، لم تُنْتجَزِ الفُرقةُ؛ بل وُقِفَ علىٰ انقضاء العدة[1]، وقال أبو حنيفة: تُنتَجَزُ كما قَبلَ المسيسِ[2].**

= إذ أصله جلي، والحنفية يسلمون به ولا يبطلونه يقول السرخسي في المبسوط ٤٩/٥: «وإذا ارتد الزوجان معا فهما علىٰ نكاحهما استحسانا عندنا، وفي القياس تقع الفرقة بينهما» فمصير أبي بكر إلىٰ غير ذلك يدل أنه رأىٰ ما يخالف القياس، ولا يكون إلا الاستحسان، وهو معتمد الحنفية هنا.

الثالث: أن المصنف ﷺ قال مع التسليم بفعل أبي بكر أنه قياس منه، وأنهم يخالفونه، ويَرِد علىٰ ذلك امتناع كون ذلك قياسا، لأن القياس ظاهر في عكس ذلك كما بينا؛ إذ لا أصل يقاس معه هنا، ولو سُلِّم أنه قياس منه فإن المعتمد ليس قياسه ﷺ فقط، بل موافقة أصحاب النبي ﷺ لهذا الفعل، فكان حجة علىٰ جوازه.

(١) ينظر: الأم، ٤٢٦/٧، والبيان في مذهب افمام الشافعي، ٣٥٥/٩، وتكملة المجموع، للمطيعي، ٣١٦/١٦، وهو رواية عن أحمد، وهي المقدمة في مذهبه المذهب قال الماوردي: «وإن كانت الردة بعد الدخول: فهل تتعجل الفرقة، أو تقف علىٰ انقضاء العدة؟ علىٰ روايتين... إحداهما: تقف علىٰ انقضاء العدة. صححه في التصحيح، وتصحيح المحرر. وجزم به في الوجيز، ومنتخب الأدمي. واختاره الخرقي. وقال الزركشي في شرح الوجيز: وهو المذهب. ونصره المصنف. قال ابن منجا: هذا المذهب، ومال إليه الشارح. وهو الصحيح». ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢١٦/٨، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٩٦١/٢.

(٢) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١٠٩، وبدائع الصنائع، ٣٣٧/٢، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٢١/١، والاختيار لتعليل المختار، ١٢٧/٣، وفتح القدير، لابن الهمام، ٤٢٨/٣، وهو مذهب المالكية، ورواية عن الإمام أحمد بن حنبل، وقد اختلف المالكية هل يكون الفسخ بطلاق أو بغير طلاق، والمشهور أنه يكون بطلقة بائنة، ومحل ذلك عندهم ما لم يقصد المرتد منهما بردته فسخ النكاح وإلا فلا فسخ، والقول الثاني ان يكون الفسخ بغير طلاق، وهو رواية ابن أبي أويس وابن الماجشون ووجهه أنهما مغلوبان ومقهوران علىٰ فسخه لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ أي لا يكون بينكم وبينهن عصمة ولا علقة زوجية ينظر: الكافي في فقه اهل المدينة، ٤٨٥/١، والفواكه الدواني،=

فنقول: ارتفاع النكاح لأمر يَرجعُ إلىٰ الدين لا يوجب تنجُّزُ الفرقة بعد المسيس؛ كما لو أسلم أحدُ الزوجينِ، فإنهم قالوا: يقفُ علىٰ عَرْضِ الإسلام علىٰ المتخلِّفِ، وقد تتقدَّرُ مُدَّةُ العرض بمضيِّ العدة عندهم، أو نقول: العدة بعد المسيس لا توجِبُ تنجُّزَ الفُرقةِ؛ كما لو ارتَدَّا معًا، ولا ينفَكُّ كلُّ واحد من القياسَينِ عن تركيبٍ في الأصل؛ فإنهم يُسَوُّون فيهما بين ما بعد المسيس وقبله، ولكنه صالحٌ للجدالِ، والتحقيقُ: أن نقولَ: النِّكاحُ بالمسيس يَكتسِبُ تأكدًا وقَرارًا في المهرِ والبضعِ؛ كما يكتسب البيعُ بالقبض قَرارًا في العِوَضينِ، وقد ظهر أثرُ ذلك في الطلاق؛ حتىٰ إن الطلقة الواحدة تُنَجِّزُ الفُرقةَ قبلَ المسيس، ولا تُنَجِّزُ بعدَه، ولم يظهر أثره في الرَّضاع ولا في الملك؛ بل تُنتجز الفرقةُ بهما في الحال، وتردَّدت الردةُ بينهما، فرَأَيْنا تشبيهَها بالطلاق أَوْلىٰ؛ لأنه لفظٌ يُحَصِّلُ الفراقَ ويستقِلُّ الزوجُ به، ويقبل انقطاعَ حُكْمِه بالرجوع عنه؛ كالطلاق ينقطع حكمُه بالرَّجعةِ، وأما الرَّضاعُ فيوجِبُ تحريمَ الوطء علىٰ التأبيدِ، وكذلك المصاهرةُ؛ فلا يُعقل الانتظارُ فيه؛ إذ رَفْعُه بعد وقوعِه غيرُ ممكنٍ، وإذا رُفِعَتِ الردَّةُ بالإسلام ارتفع تحريمُها؛ كما يرتفع تحريمُ الطلاقِ بالرجعةِ، وأما الملك وإن كان يُتوقع زوالُه، ولكن يُفارِقُ الطلاقَ مِن وجهين؛ أحدهما: أن زوالَه بالفَسخِ، والإزالةُ غير مندوبٍ إليه، والرَّجعةُ مندوبٌ إليها، والطلاقُ مُبَغَّضٌ إلىٰ اللهِ، فالرِّدَّةُ: التي يتحتَّمُ الرجوع عنها ويُقهر عليها بالسيفِ، فانتظار زوالِه له وجهٌ قريبٌ، ولعلَّه أقْرَبُ مِن الرجعة في

= ٢٥/٢، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٤٧٩/٣، والثمر الداني، ص٤٥٨، ورؤوس المسائل الخلافية، ص١٠١٩، والمبدع، ١٢٢/٧، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢١٦/٨.

الطلاقِ، وأما انتظارُ إزالة الملكِ: لا مأخَذَ له.

والثاني: أن ما ينشأُ مِن التناقضِ فالحالة الواحدةُ فيه كالأحوال، واجتماعُ الحِلَّينِ متناقِضٌ علىٰ محلٍّ واحد، وهو حِلُّ مِلك اليمينِ ومِلْكِ النكاحِ، فيندفِعُ الأضعفُ بالأقوىٰ؛ هذا إذا اشترىٰ الزوجُ الزوجةَ، فإن اشترت الزوجةُ الزوجَ فيكون الشخصُ مالكًا مملوكًا مُرِقًّا مُستَرَقًّا، وهو متناقضٌ، ولأجله انقطع النكاحُ، وهذا يستوي فيه حالةٌ واحدةٌ وأحوالٌ.

أما الردَّةُ: إنَّما تؤثر مِن حيث إنه يورث في المحَلِّ/ [٢٥١/ب] خُبْثًا يوجب تحريمَ الوطء، فإذا عاد إلىٰ الإسلام تبينًا أن ذلك كان تحريمًا عَرَضَ وانقطَعَ، واعْتِوارُ التحريم وانقطاعُه في أثناء النكاح ليس بمتناقضٍ شرعًا؛ كما في عِدَّةِ الشبهةِ، فكان هذا التشبيهُ أَوْلىٰ، وانضمَّ إليه أنَّ الردَّةَ مِن الخَطَراتِ والهواجِسِ الذي(١) يكثُرُ وقوعُه، فيبعُدُ قَطْعُ النكاح المستقرِّ المتأكِّدِ بمثلِه؛ بل هو أبعدُ من قطعه بطلقة واحدة، فهذه التلويحات صالحةٌ للترجيحِ، ومهما ثَبتَ أصْلُ التوقُّفِ فلا أملَ للانتظارِ شَرْعًا إلا العِدَّةُ، ولذلك قدَّروا في إسلامِ أحَدِ الزوجين بالعدةِ إذا اضطربَ مُدَّةَ العَرْضِ.

---

(١) كذا في الأصل، والجادة: «التي»؛ والجادَّة أن يقال: «الَّتي»، لكن قد ذهب الأخفش إلىٰ أن «الذي» مثلُ «مَنِ» الموصولة تقع علىٰ الواحد والجمع؛ إلا أن هذا المذهب بعيد، قال أبو حيان: «ولو كان مثل «مَنْ» ـ علىٰ ما ذهب إليه الأخفش ـ لجاز أن يكون أيضًا للمثنىٰ، فيعود عليه الضمير مثنىٰ، فتقول: جاءني الذي ضربا زيدًا، وهو غير مسموع». اهـ. ولجاز أيضًا أن يكون للمؤنث فيعود عليه الضمير بالتأنيث؛ كما في قوله تعالىٰ: ﴿وَمَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتَعْمَلْ صَٰلِحًا﴾ [الأحزاب: ٣١]، ويكون منه ما وقع هنا. والله أعلم. وانظر: التذييل والتكميل ٣/٢٨ ـ ٣٠.

❁ **مَسْألة: إذا هاجر الحَرْبيُّ إلىٰ دارِنا بذمَّة مؤبدةٍ، لم ينقطِعْ نكاحُه عن زوجته الذميَّةِ، وكذلك لو هاجر مسلمًا وخلَّفَ زوجتَه الكتابيَّةَ**[1]، وقال أبو حنيفة: ينفسِخُ النكاحُ[2]، ولا خِلافَ أن المسلم لو هاجر إلىٰ دار الحرب أو هاجر الحربيُّ إلينا مستأمِنًا، لم ينقطِعْ نكاحُهما، وحقيقة المسألة: أن اختلاف الدار عنده سببُ الانفساخ، وهو المطالَبُ بالدليل، وعلينا الإنكارُ والنفيُ، وإن أقمنا دلالةً.

❁ **قلنا**: اختلافُ الدار لا ينبغي أن يكون مؤثِّرًا في القطع؛ كما لو أذن[3] المسلم دار الحرب، والفقهُ: أنَّ سبب الفسخ يُتلقَّىٰ مِن نصٍّ أو قياس علىٰ منصوص، وجعلُ الاختلافِ سببًا تحكُّمٌ؛ مع أن ذلك لا يُناسِبُ، فإن ذلك يرجعُ إلىٰ تباعُدِ الدار والأصقاع وتقارُبِها.

❁ **فإن قيل**: مجردُ اختلاف الدار في صورتِه ليس بسببٍ، وإنما السببُ الاختلافُ حقيقةً وحُكمًا، والمسلم إذا دخَل دارَ الحربِ لم يَصِرْ مِن أهلِ دارِهم، ولا يثبُتُ له حكمُ أهل دار الحربِ، ولا الكافرُ إذا دخل دارَنا

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٢٥٩/٩، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٢٨٥/١٢، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٣٣١/٩، وهو قول الإمام مالك، قيل له: «أرأيت لو أن رجلا تزوج امرأة في دار الحرب وهو من أهل الحرب، ثم خرج إلينا بأمان فأسلم، أتنقطع العصمة فيما بينه وبين امرأته أم لا؟ قال: أرىٰ أنهما علىٰ نكاحهما ولا يكون افتراقهما في الدارين قطعا للنكاح»، والإمام أحمد بن حنبل، ينظر: المدونة، ٢١٤/٢، والفروع، ٣٠٥/٨، والمبدع شرح المقنع، ١٨٤/٦، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٦٨٦/٢.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٥١/٥، وبدائه الصنائع، ٣٣٨/٢، والعناية شرح الهداية، ٤٢٢/٣، وفتح القدير، لابن الهمام، ٤٢٢/٣.

(٣) كتب فوقه في الأصل: «كذا في الأصل»!

بأمانٍ، ولذلك لا يُقَرَّرُ أكثرَ مِن سنةٍ، ومهما دخل بإسلامٍ أو ذِمَّةٍ مؤبَّدةٍ؟، ثبت له حكم أهليةِ الدار، فكان الاختلافُ حقيقةً وحُكمًا، والدليلُ عليه أنه لو صار مِن أهل دارنا برقٍّ ضُرِبَ عليه عند السَّبْيِ، انقطع النكاحُ، والأمانُ المؤبَّدُ يثبُتُ بالرقِّ مَرةً، وبالذمةِ والإسلام أخرىٰ، والحُكمُ يُناط بثبوت أهلية الدار لا بخصوص صِفةِ ما به الأهليةُ؛ فإن خصوصَ الرق لا يناسب مُضادَّةَ النكاحِ؛ مع أنه لا يمنعُ ابتداءَه، وهذا لِفِقْهٍ، وهو أن المُخَلَّفَ في دار الحرب خارجٌ عن قدرته وقدرةِ إمام المسلمين وكافَّتِهم، ففَقْدُها بالهجرة والإعراض كالفَقْدِ بالموت، فكان تعليلُ الانفساخِ باختلاف الدار حقيقةً وحُكمًا أَوْلىٰ، وينعكس في المسلم إذا دخل دار الحرب؛ فإن دارَ الإسلامِ دارُه، ولم تتحوَّل قدرتُه إلىٰ دار الحرب.

❁ قلنا: جميعُ ما رتَّبْتُموه تحكُّماتٌ؛ مستندُها: أن الفسخَ عند السَّبْيِ مُحالٌ علىٰ اختلاف الدار، وهو ممنوعٌ؛ بل الرقُّ سببٌ يناسب؛ فإنه يُعْدِمُ المسْبِيَّ في حقِّ نفسه، ويُصَيِّرُه موجودًا لغيره، ويقطعُ حقَّه عن نفسِه، فكيف لا يقطعُ حقَّه عن زوجتِه وحقَّ زوجِه عنه؟! وإن لم يكن بُدٌّ من التقريب بالموت فتشبيهُ الرقِّ ـ وهو عَدَمٌ حُكْمِيٌّ ـ بالعدم الحسيِّ أَوْلىٰ، والمهاجرُ موجودٌ حسًّا وحُكمًا، وهو قادرٌ علىٰ الرجوعِ إلىٰ دار الحرب؛ لا سيما إذا كان ذميًّا، فقدرة/ الانصراف لا تسقط بالذمة؛ كما لا تسقط بالأمانِ، وقُدرةُ [٢٥٢/أ] العبد صار مسلوبًا بالرقِّ بالكلية، فكيف ما رُدِّدَ الأمر فالحوالةُ علىٰ الرقِّ أظهَرُ، وسنقرر ذلك في مسألة سَبْيِ الزوجين.

❁ فإن قيل: العبد إذا هاجر إلىٰ دارِنا انقطع عنه مِلكُ السيد، فلينقطِعْ

ملكُ الزوج عنها إذا هاجرت إلىٰ دارنا.

۞ **قلنا:** فيه خلافٌ؛ فقد قيل: ينقطِعُ وإن منع فهو منقلِبٌ عليهم، فإن السيد لو هاجر لم ينقطِعْ مِلْكُه عن العبد، فإذا هاجر الزوج فهو في مقامِ المالكِ؛ فَلِمَ انقَطع ملكُه؟! ثم السبب فيه: أن ملك السيد من العبد مِلكُ يمينٍ تثبُتُ عليه يدُ الاستيلاء مقصودًا، ومِلكُ النكاح لا يندرِجُ تحت يدِ الاستيلاء، فلذلك لم ينقطِعْ باستيلاء المرأةِ علىٰ نفسها[1].



مَسْأَلَة: إذا عتَقَتِ الأمَةُ تحتَ حُرٍّ، فلا خيارَ لها[2]؛ خلافًا له[3]،

---

(١) تحرير المقصود من انقطاع الملك عند الحنفية، هو أنهم لا يقصدون ليس انقطاعه حقيقة، وإنما انقطاع الفائدة العائدة علىٰ المالك من هذا الملك، فالمعول علىٰ انقطاع الفائدة، قال الكاساني: «أن عند اختلاف الدارين يخرج الملك من أن يكون منتفعا به لعدم التمكن من الانتفاع عادة، فلم يكن في بقائه فائدة، فيزول كالمسلم إذا ارتد عن الإسلام، ولحق بدار الحرب أنه يزول ملكه عن أمواله، وتعتق أمهات أولاده ومدبروه لما قلنا كذا هذا بخلاف أهل البغي مع أهل العدل؛ لأن أهل البغي من أهل الإسلام؛ ولأنهم مسلمون، فيخالطون أهل العدل، فكان إمكان الانتفاع ثابتا، فيبقىٰ النكاح، وههنا بخلافه». ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٣٣٨.

(٢) ينظر: الأم، ٨/٣٧١، وفيه: «وإذا أعتقت الأمة فإن كانت تحت عبد فلها الخيار وإن كانت تحت حر فلا خيار لها»، والمهذب، للشيرازي، ٢/٤٥٤، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٩/٣٢١، وهو قول ابن عمر وابن عباس وعائشة رضوان الله عليهم، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن البصري وسليمان بن يسار، وابن أبي ليلىٰ، وهو المعتمد من مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: التلقين، ص٣٢٣، ورؤوس المسائل الخلافية، ص١٠٣٩، والمغني، ١٠/٦٩، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٢/٤٠٩، والمبدع، ٧/٩٦، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٨/١٧٧.

(٣) ينظر: الحجة علىٰ أهل المدينة، ٤/٣٥، والمبسوط، للسرخسي، ٥/٩٩، والاختيار=

ولو عتَقَتْ تحت عبدٍ ثبت الخيارُ وفاقا ، ومنشأُ الخلاف النزاعُ في علّةِ الأصلِ ، فهي كمسألة الرِّبا ، والعلَّةُ عندنا تستنِدُ إلىٰ ضِرارٍ ينشأ من نَقْصِ الزوج عندنا ، وعند الخَصم هي مِلكُها نفسَها أو تجدُّدُ زيادةِ مِلكٍ عليها بالحريَّةِ ، لم يقتَضِها أصلُ العقد ، وطريقُ تمهيد النُّكتة لإقامة رَسْم الابتداءِ: أن يُقالَ: خيارٌ لا يستنِدُ إلىٰ نقيصةٍ ، فلا يثبت في النكاح ؛ كخيار الرؤية ، وخيارِ الشَّرط ، وخيار البلوغ في نكاح عُقدة الأب ، والتحقيقُ فيه: أنَّ الأصلَ في العقودِ اللازمةِ الاستمرارُ ، وإنما يثبُتُ الخيارُ بسببِ ضِرار ونقصانٍ.

❊ **فإن قيل:** لِمَ قُلتم: ما لا يستنِدُ إلىٰ نقيصةٍ لا يثبُتُ؟ وهل النِّزاعُ إلا فيه؟!

۞ **قلنا:** الخيارُ إما أن يثبت نَصًّا أو بالقياسِ علىٰ منصوصٍ ، ولا نصَّ ، والخياراتُ المنصوصةُ والثابتةُ بالاتفاق هي التي تستنِدُ إلىٰ نقصٍ إلا خيارَ التروِّي في البيع ، يثبُتُ بالشرطِ وبالرؤية عندهم ، ولا عَهْدَ بمثلِه في النكاح ، ولذلك لا يثبُتُ الخيار للمجنونة إذا عقَلَتْ ، ولا للكتابيَّةِ إذا أسلَمَتْ وهي تحت مسلمٍ ، ولا للصغيرة إذا بلَغَتْ.

❊ **فإن قيل:** قد ورد النصُّ ؛ إذ نقل: أنَّ بَريرةَ عَتَقَتْ تحت حُرٍّ ، فخيَّرها رسولُ اللهِ ﷺ[1].

= لتعليل المختار ، ٣/١١٠ ، وهو قول الإمام مالك ، قال: «إذا عتقت تحت حر فلا خيار لها وإذا كانت تحت عبد فلها الخيار» ، وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ، وهو اختيار ابن تيمية من الحنابلة. ينظر: المدونة ، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ١٧٧/٨.

(١) قد أخرج البخاري في كتاب الفرائض ، باب: ميراث السائبة ، ١٥٤/٨ رقم ٦٧٥٤ ، ومسلم في كتاب العتق ، باب: إنما الولاء الولاء لمن أعتق ، ١١٤٤/٢ رقم ١٥٠٤ الحديث بهذه=

۞ **قلنا:** لو صَحَّ هذا لوجب القولُ به، ولكن ثبت أنها عَتَقَتْ تحت عبدٍ، قالت عائشة: ولو كان زوجُها حُرًّا لما خَيَّرها، ونُقِلَ من قول عائشة أنها قالت لبَريرةَ: إن شِئْتِ أَقَمْتِ تحت هذا العبدِ، وإن شِئْتِ فَسَخْتِ، وما قلناه أَوْلىٰ؛ إذ خرَّجه مسلمٌ، وما نقلوه موقوفٌ علىٰ الأَسْودِ، وحديثُنا رواه القاسِمُ وعُرْوةُ، وهما من المختصين بعائشةَ، وبَريرةُ مُعتَقةُ عائشةَ؛ فهما أَوْلىٰ بالوقوف علىٰ أمرِها.

❊ **فإن قيل:** إن لم يكن منصوصًا عليه فهو في معنىٰ المنصوصِ؛ فإنَّ عِلَّةَ العِتق تحتَ العبد الحريةُ ومِلْكُها نَفْسَها، وذلك لا يختلف برِقِّ الزوجِ وحريتِه[1].

= الزيادة، وهي أن زوج بريرة كان حرًّا، وهذه الزيادة من قول الأسود بن يزيد الراوي عن عائشة ﵂ في رواية البخاري، أو من قول الحكم، وقد قال البخاري: «وقول الحكم مرسل، وقال ابن عباس: رأيته عبدا»، وقال في موضع آخر: «قول الأسود منقطع. وقول ابن عباس: رأيته عبدًا؛ أصح» أو من قول عبد الرحمن بن القاسم الراوي عنها في رواية مسلم، وفيه: «قال عبد الرحمن: وكان زوجها حرًّا، قال شعبة: ثم سألته، عن زوجها، فقال: لا أدري». فالظاهر أن هذه الزيادة غير محفوظة لتردد الراوي أحيانا، أو لانقطاع روايته أحيانًا أخرىٰ.

(١) وطريقة الحنفية هنا تقديم رواية إثبات حريته، وبيان ذلك أن الحديث قد روي بأن زوجها كان حرًّا ـ وعلىٰ القول بتضعيف الزيادة عند البخاري ومسلم، فقد رواها غيرهما كالنسائي وأبي داود كما تقدم ـ وروي بأن زوجها حرًّا، وكلاهما ثبت بطريق صحيح، وعند التعارض يكون المثبت للحرية أولىٰ؛ لأن بقاء الرق قد يكون باستصحاب الحال، والثبوت يكون بناءً علىٰ الدليل لا محالة، فمن قال: كان عبدًا؛ احتمل أنه اعتمد استصحاب الحال، ومن قال: كان حرًّا؛ بنىٰ الأمر علىٰ الدليل لا محالة، فصار كالمزكيين جرح أحدهما شاهدًا، والآخر زكاه؛ أنه يؤخذ بقول الجارح، فكان هنا أيضًا كذلك. ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٣٢٨.

۞ **قلنا:** هذا تحكُّمٌ، فَلِمَ عَلَّلْتُم به؟ ونحن بينَ ألَّا نُعَلِّلَ فنقتَصِرَ، أو نُعَلِّلَ بما يستنِدُ إلىٰ نقصِ الزوجِ، وكيف ما كان فالخَصْمُ هو المطالَبُ بتصحيح العلَّةِ.

❊ **فإن قيل:** حدوثُ الحُكمِ عَقيبَه دليلُ كونِه علةً، وقد حدَث الخيارُ عَقيبَ الحرية.

۞ **قلنا:** لا؛ بل عَقيبَ الحريةِ في زوج رقيقٍ فَلِمَ قُلتم/: الحريةُ في زوجٍ حُرٍّ علَّةُ الخيارِ، فإن قُلتم: لأن المناسبة مفهومةٌ، وهو أنها كانت مقهورةً علىٰ النكاح علىٰ وجهٍ لم يَسْلم لها البَدَلُ، وسيبقىٰ استحقاقُ البُضع عليها من غير بَدَلٍ، وهذه المناسبة لا أثَرَ لرِقِّ الزوج فيها. [٢٥٢/ب]

۞ **قلنا:** يبطُلُ بالصغيرة إذا زوَّجها أبوها؛ فإنها كانت مقهورةً، ولا خيارَ لها عند البلوغِ، وأمَّا عدم سلامة المهر فليس مناطًا لثبوت الخيارِ؛ بدليلِ أنَّها لو كانت مكاتَبةً إذا زُوِّجَتْ وسَلِمَ لها المهرُ ثَبَتَ الخيارُ لها إذا عتقت بالاتفاقِ بيننا وبين أبي حنيفةَ، وإن خالَفَنا زُفَرُ.

❊ **فإن قيل:** الأبُ عَقَدَ العَقْدَ لطفلِه بشفقة كاملة، فصار كما إذا عقدت بنفسها، والسيِّدُ لا يعقِدُ للأمَةِ؛ بل يزوِّجُها لنفسه، ويَرْعىٰ مصلحةَ مِلكِه، فلم يَلْزَمْها عقدُه بعدَ زوال الرقِّ.

۞ **قلنا:** عُذْرُكم من جانب الأب يبطُلُ بالأخِ؛ فإنه يعقِدُ للأخت، ثم لها خيارُ البلوغِ عندكم، وتمامُ تقرير الإلزام مذكورٌ في مسألة اليتيمةِ، وأما جانب الأمَةِ: باطلٌ بالعبد إذا عتَق بعد الإجبارِ علىٰ النكاحِ؛ فإنَّه لا خيارَ له

ولزِمَه نكاحُ السيِّدِ، ولما أثبتوا خيار البلوغ في حق الأخِ لم يفرِّقوا بين الصغير والصغيرة، فظهَر تهافُتُ الكلامِ.

والتحقيقُ في الجواب: أن السيد عقَد للأمةِ بالولاية، وسبب الولاية مِلكُ الرقبة؛ حتىٰ يلتحِقَ به العبدُ، ويجوز إجبارُه أيضًا في قولٍ، أو مِلْكُ الرقبةِ مع ملك المنفعة في قولٍ، والذي يدلُّ علىٰ أنَّه عقدَ لها أنه لا يلزمُها التزويجُ من مَجْبوبٍ، ويلزمُها البيعُ من المجبوب، وأنه بَقِيَ عَقْدُ السيد بعد العتق ولم ينفسِخْ، ولو كان كما ذكروه لانفسخ بالعِتقِ؛ فإنَّ ما بعده لا يتناوُله سلطنةُ الرقِّ، وليس يمكن أن يُقالَ: استوفاه قبلَ العتق بالتزويجِ، فكان كالمستثنىٰ عن العِتق؛ إذ يلزَمُ عليه أن يبقىٰ العقدُ لازمًا؛ كما يبقىٰ نكاحُ السيد لازمًا علىٰ الأمَةِ في حق الورثة بعد موتِ السيِّدِ.

❊ **فإن قيل:** إنما لم ينفسِخْ؛ لأن النكاح معقودٌ لها مِن وجهٍ، ولذلك لم يلزم من المجبوبِ، ومعقودٌ للسيد من وَجْهٍ؛ إذ المهرُ مصروف إليه، والنفقةُ تسقُطُ عنه، والولدُ يَرِقُّ له، فلما تردَّدَ بين الجانبين حَكَمْنا بنفْيِ اللزوم دون نَفْيِ الصحَّةِ؛ وفاءً بالدليلين علىٰ حَسَبِ الإمكان؛ إذ تجريدُ النظرِ إلىٰ أحدهما يقتضي الارتفاعَ، وتجريدُ النظر إلىٰ الآخر يقتضي البقاءَ، ولا بُدَّ مِن ملاحظتِهما لتعارُضِهما، فأثْبَتْنا مرتبةً بين المرتبتينِ، وهو بقاءُ أصل العقدِ، وارتفاعُ صفة اللزوم.

❁ **قلنا:** ما ذكرتموه قريبٌ من الإنصاف في ملاحظة الجانبين، ولذلك ينبغي أن تُرعىٰ المناسبة فيما يُنْفىٰ ويُثْبَتُ، والحكمُ مطلقًا بأن اللزومَ ينتفي أبدًا ليس وفاءً بالمغنمين بل الأحري والأوفي ما راعاه الشافعي من

النّصَفةِ في النفي والإثبات؛ إذ قال: لا يثبُتُ الخيارُ لها بكونها مقهورةً في أصل العقدِ؛ إذ العقدُ معقودٌ لها بالولاية، ولكنَّ الولايةَ تقتضي رعايةَ النظرِ، وليس من النظر التزويجُ مِن رقيق مع قصورِه عن التوفُّر في الصُّحبة والعِشرة وكَفالة الولدِ، وعجزِه/ عن نفقة الموسِرين، ولكن لَزِمَها في الحالِ [٢٥٣/أ] عَقدُ الرقيقِ لكونها رقيقةً للسيدِ، وكَوْنِ الرقيقِ مِثْلًا للرقيق ولائقًا به، وإنما صار لائقًا بسبب الرقِّ الذي هو محضُ حقِّ السيدِ، فهو من هذا الوجه كالمعقود للسيد؛ فلا يلزمُها، أمَّا إذا زوجها من حرٍّ فقد عَقَدَ لها علىٰ وَفْقِ المصلحة، فلم يَلْزَمْها بسبب الرقِّ نقصٌ وبَخْسٌ؛ حتىٰ يثبتَ لها طريق الخَلاصِ، والدليل عليه: أن النكاح في حق العبد لمَّا كان معقودًا له مِن كلِّ وجهٍ ـ إذ هو المالك ـ لم يتخيَّرْ بالعتقِ، وهذا واقع جدًّا له عند التأمُّل، وهو أقربُ إلىٰ العملِ بقدر تعارُضِ الدليلين، ويترجَّح هذه العلةُ علىٰ عِلَّتِهم من وجهين:

أحدهما: أن ما ذكرناه مع كونه مناسبًا ظهَر تأثيرُ جِنسه في النكاح، وهو خيارُ نقصانِ الكفاءة، وخيارُ التروِّي لا عهدَ به في النكاح، وما أثبتوه مِن خيار البلوغ لا نساعدُهم عليه.

والآخر: أنَّ المعهود إثباتُ الخيار بصفة في متعلَّقِ العقدِ، ولم يعهَدْ قطَّ خيارًا ثبت بصفة في العاقِدِ تتجدَّدُ.

فما ذكرناه مناسب مؤثِّر ظهر أثرُ جنسه، وما ذكروه غيرُ مؤثرٍ؛ إذ خيارُ التروِّي غير معهودٍ ولا مناسِبٍ؛ إذ مناسبته لو ثبتت اقتضت الانفساخَ، ولا قائلَ به.

والآخرُ: أن ما ذكرناه متأيدٌ باستصحابِ لزوم العقد، وهو مَبْنىٰ العقد، وعند تعارض الاحتمالات يتعيَّنُ الرجوع إلىٰ السابقِ، والاستمرارُ علىٰ ما كان، فأما رَفْعُ النكاح من غير ثَبْتٍ فبعيدٌ.

❊ **فإن قيل**: المعهودُ إثبات الخيار بنقصانٍ مقترنٍ بالعقد غيرِ معلومٍ، أو طارئٍ بعدَه، ورِقُّ الزوج كان معلومًا ولم يَطْرَأْ بعدَ العقد، ولزوم العقد معه، فلم يتجدَّدْ نقصٌ في الزوج، ولكن استحدث كمالًا، ومجهولةُ النسب إذا نَكَحَتْ مجهولًا فاستلحَقَها شريفٌ وجَلَّ بسببِه قَدْرُها، لم يثبُتْ لها الخيارُ، وكذلك إذا زُوِّجَتِ المجنونة من مجنونٍ فعَقَلَتْ، فلا خيارَ لها، وكذلك الفاسقةُ إذا تابت وصَلَحَتْ تحتَ فاسقٍ.

❁ **قلنا**: هذا النقصُ وإن كان ثابتًا عند العقد، ولكنه لم يكن نقصًا إذ ذاك بالإضافة إليها، وخرج عن كونه نقصًا لرقٍّ ثبتَ للسيد عليها، فكان اندفاع الخيار في الحال نتيجةَ رِقِّ السيد، فلا يلزمُها بعد زوالِ الرقِّ، وهذا مناسِبٌ معقولٌ؛ إذ راعَيْنا في تجويز التزويج مِن الرقيق جانبَ السيدِ، فإنَّ الحرَّ لا يرغَبُ فيها، ولا يرضىٰ بنقصِ الأوقاتِ، والعبدُ حكمه في الخدمة حكمُها؛ فيتطابقان.

أما أصلُ النكاحِ إنما جُوِّز نظرًا لها وتشوفًا إلىٰ تحصينِها؛ صَوْنًا لها عن السِّفَاح، ولا حَظَّ لها في كون الزوج رقيقًا، وإنما حَظُّها في أصل النكاحِ، أما طرئانُ فضيلةِ النسب والصلاح عليها، فليس في معنىٰ ما نحن فيه؛ إذ الرقُّ ينقُصُ حقوقًا مقصودةً من النكاح؛ كالنفقة، ومواقيت التمتُّعِ، وكفالةِ الأولادِ والإنفاق عليهم، فإن أثبت الشرعُ خيارًا لنوعِ ضِرارٍ، فلا

ينبغي أن يُلْحَقَ به ما دونه، وأما الجنون ففيه مَنْعٌ.

❊ **فإن قيل:** ما ذكرناه هو المؤثرُ؛ فإنا نبيِّنُ أثر الحرية؛ من حيث إنه يتجدد للزوج عليها زيادةٌ لم يقتَضِهِ العقدُ، فلا يلزمُها إلا برضاها، وهو مِلكُ طلقةٍ ثالثة، ووجوبُ قَرءٍ ثالث في العدة، وثبوتُ رجعة في القَرءِ الثالث/، وقد رأينا أنَّ التعرُّضَ لزيادة على ما يقتضيه العقدُ يُثبتُ الخيارَ، [٢٥٣/ب] فإن العقدَ لما اقتضى سلامة المبيع ثبت الخيارُ فيه عند ظهور العيب؛ لأن ذلك يوجب تسليمَ قَدْرٍ من الثمن لم يقتضِه العقدُ مع العيبِ.

❁ **قلنا:** ما ذكرناه أَوْلى؛ إذ ظهَر في خصوص النكاح خيارٌ بسبب الضرر والنقصان، وما ذكرتموه استمدادٌ من البيع، والبابان متباعدان، فليُطْلَبْ ملائمةُ التعليل لموضوع النكاح؛ على أن ما ذكروه فاسدٌ؛ فإنَّ الطلاقَ عندَنا الاعتبارُ فيه بالرجال، فلا أثرَ لحريَّة المرأة فيه، وأما الرجعة فإنما تطول بطول العدة، وقد تطول بتباعدِ الحيضِ، ولا يُعدُّ ذلك زيادةً في الملك ولا نقصانُها بقصورِ مُدَّةِ الحيض نقصانًا في الملك، فلا يتجدَّدُ إلا قَرْءٌ مِن العدة، وذلك يُفرضُ بعد الطلاق، والغالبُ فيه حقُّ الله لا حقُّ الزوج، ثم هو أمر يُفرض بعد الطلاق، والطلاقُ يستقلُّ به، وكيف يُعتبَرُ لفسخ العقد ما يتجدَّدُ بعد انقطاع العقد ويتجدَّدُ أيضًا بفعلٍ يستقلُّ الزوج به، فما ذكرناه من النقصان الظاهر بسببِ رِقِّ الزوجِ أعظَمُ وَقْعًا في النفس وأقوى في تمهيد عذرِها في طلب الفسخ، مِن قولها: إني أحذَرُ مِن المُقامِ تحته زيادةَ قَرءٍ بعد الطلاق؛ على أنه إن كان قبل المسيس فلا عِدَّةَ عليها، وإن كان بعد المسيس فيلزمُها ثلاثةُ أقراءٍ، وإن فسخت فأيُّ مُخَلِّصٍ في الفسخ؟! وهذا قاطع في إبطال ما ذكروه.

❊ **فإن قيل:** الحِلُّ يَزيد بالحرية، ويظهر أثرُه باستحقاقِها ليلتين إذا كانت معه أمة وللأمة ليلةٌ، وتخلو أوقاتُها لاستمتاع الزوج ليلًا ونهارًا.

❁ **قلنا:** أما خُلوُّ الأوقات فلارتفاع الزحمة؛ لا لحدوث الحِلِّ؛ بل كان الحلُّ حاصلًا في جميع الأوقات، وأما زيادة الحلِّ فلا معنىٰ لها، واستحقاقُها مزيدَ ليلة علىٰ الأمة ينبغي أن يُثبِتَ الخيارَ للزوج؛ فإنه المستحق عليه، وقد زاد ما لم يستحِقَّ عليه بالعقد، فدلَّ أن ما تخيَّلوه من إظهار التأثير بالحوالة علىٰ زيادةٍ فاسدٌ، وأنه إذا لم يكن بُدٌّ مِن التعليل كان ما ذكرناه أوقَعَ في النفس، وأوفَقَ للشواهد، وأقربَ إلىٰ الاحتياط.

❊ **فإن قيل:** عِلَّتُنا أَوْلىٰ؛ لأنها متعديةٌ، وعِلَّتُكم قاصرةٌ.

❁ **قلنا:** عِلَّتُكم باطلة في نفسها كما سبق، فلا تقع في مقام الترجيح، وإن سلَّمْنا فلا ترجيح بالتعدية والقصورِ كما قرَّرْناه في عِلَّة الربا، وإنما الترجيحُ بمزيد المناسبة وظهورِ الملائمة للقواعد.

❊ **فإن قيل:** علتنا استندت إلىٰ الإيماءِ؛ إذ قال ﷺ «مَلَكْتِ نَفْسَكِ فَاخْتَارِي»، رتَّبَ الاختيارَ علىٰ ملك النفس بفاء التعقيبِ، وهو أدلُّ الدَّلالات علىٰ التعليلِ[1].

---

(١) قال الكاساني: «لأنه أخبر أنها ملكت بضعها، ثم أعقبه بإثبات الخيار لها بحرف التعقيب، وملكها نفسها مؤثر في رفع الولاية في الجملة؛ لأن الملك اختصاص، ولا اختصاص مع ولاية الغير، والحكم إذا ذكر عقيب وصف له أثر في الجملة في جنس ذلك الحكم في الشرع كان ذلك تعليقا لذلك الحكم بذلك الوصف في أصول الشرع كما في قوله تعالىٰ ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وقوله ﷺ ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ =

۞ قلنا: لم يصِحِّحِ الأئمة هذه الزيادةَ، وإن سُلِّم فمعناه: ملكتِ الخيارَ فاختاري. والحَمْلُ علىٰ هذا أَوْلىٰ؛ لأن مِلكَها نفسَها إن أُريد به ملكَ الرقبةِ، فلا يناسِبُ الخيارَ؛ فإنه ملكٌ في غير موردِ العقدِ/، وإن أُريد به ملكُ مَوردِ العَقْدِ، فهذا يناسب الانفساخَ، أو نقولُ: هذه هي العلةُ، ومحل العلة العِتقُ تحت رقيق، فالعلةُ إذا ذُكِرَت في محلٍّ: للمحلِّ أثَرٌ في حكمه لم يجُزْ إلغاءُ أثرِ المحلِّ، ووجهُه أنها إذ مَلَكَتْ نفسَها، فتختارُ دَفْعَ كلِّ ضِرارٍ لزمها بسبب عدم الملك، وهو رِقُّ الزوجِ، ومعناه: مَلَكْتَ نفسَك فاختاري دَفْعَ الضررِ؛ أي: كُنْتِ متضررةً برِقِّ الزوج بسبب عدم الحرية، والآن إذْ مَلَكْتِ نَفْسَك فلا يلزُمك ضررٌ هو نتيجةُ الرقِّ، وهذا واقعٌ عند التأمُّلِ، ومطابقٌ للمعنىٰ الذي قررناه.



۞ مَسْألة: يثبت خيارُ الفَسخِ للزوج بِرَتقِ المرأة وقَرْنِها[1]؛ خِلافًا

= وَٰحِدٍ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢]، وكما روي «أن رسول الله ـ ﷺ ـ سها، فسجد»، وروي أن ماعزا زنىٰ، فرجم، ونحو ذلك، والحكم يتعمم بعموم العلة، ولا يتخصص بخصوص المحل كما في سائر العلل الشرعية، والعقلية، وزوج بريرة، وإن كان عبدا؛ لكن النبي ـ ﷺ ـ لما بنىٰ الخيار فيه علىٰ معنىٰ عام وهو ملك البضع يعتبر عموم المعنىٰ لا خصوص المحل». ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٣٢٩.

(١) ينظر: الأم، ٢١٦/٦، والحاوي الكبير، ٣٣٨/٩، والمهذب، للشيرازي، ٤٨/٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٤٠٨/١٢، والوسيط، ١٥٩/٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١٧٧/٧، وهو قول المالكية والحنابلة. ينظر: التلقين، ص٢٩٥، وبداية المجتهد، ٤١/٢، وعقد الجواهر الثمينة، ٤٥٣/٢، والذخيرة، للقرافي، ٤٢١/٤، وشرح مختصر خليل، للخرشي، ٢٣٦/٣، والهداية، للكلوذاني، ص٣٩٤، والفروع، لابن مفلح، ١٧٥/٥، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٤٠٤/٢، والإنصاف في معرفة=

له[1]، والمعتمدُ: أن نقولَ: عيبٌ يُفَوِّتُ التحصُّنَ المستحَقَّ بالنكاح، فيُثبِتُ الفسخَ كالجبِّ والعُنَّةِ، فإن المرأة تَفْسَخُ به، والعلة مناسبةٌ وملائمة لنظر الشرع في العقودِ، ويمكن التعلُّقُ بطريق الأَوْلىٰ؛ فيقال: إذا ثبت الفسخُ لها بفَوات الاستمتاع المحصِّنِ، فبأَنْ يثبُتُ له واستحقاقُه آكَدُ وأَوْلىٰ.

❊ **فإن قيل**: إنما يستقيم التعلُّق بالأولىٰ إذا أثبت المساواةُ في الحال، ولم يثبُتْ للمرأة استحقاقٌ أصلًا؛ فإنها لا تُطالِبُ بالوطءِ، ولا يمكن أن يقالَ: إذا ثبت لها مِن غير استحقاقٍ؛ فبأَنْ يثبُتَ للزوج أَوْلىٰ؛ لأن هذا انحلالٌ عن الضبطِ إلىٰ غير موقف معلوم، ورَمْيٌ في جهالةٍ لا مَرَدَّ لها[2].

۞ **قلنا**: لا؛ بل المرأة مستحقة، قال تعالىٰ: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ

= الراجح من الخلاف، ١٩٣/٨، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٦٧٨/٢.

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٩٥/٥، وبدائع الصنائع، ٣٢٧/٢، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٧/٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٥/٣، وفتح القدير، لابن الهمام، ٣٠٣/٤.

(٢) والقول بعدم حق المرأة في الوطء متفق عليه بين الحنفية والشافعية، فإنهم يجعلون الوطء حقًّا للزوج لا للمرأة، لكن لا يسقطون خيار المرأة في الفسخ سوىٰ بالوطء مرة واحدة، فإذا فعل الزوج سقط حق المرأة في الخيار، ولا يلزمه إجابتها للوطء بعد هذه المرة، يقول الماوردي: «فإذا وطئها مرة سقط لها مطالبته بالفرقة لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٢٨) ودليلنا قول الله تعالىٰ: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فمن درجة الرجل علىٰ المرأة أن يلزمها إجابته إذا دعاها إلىٰ الفراش ولا يلزمه إجابتها، ولأنه لما كان رفع العقد بالطلاق إليه دونها كان الوطء فيه حقًّا له دونها؛ ولأنه لما كان الوطء في ملك اليمين حقًّا للمالك دون المملوكة، كان الوطء في النكاح حقًّا للناكح دون المنكوحة» ينظر: الحاوي الكبير، ٣٧٤/٩، وبدائع الصنائع، ٣٢٣/٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٢/٣.

بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[1]، نعم جانِبُ الزوجِ مُرَجَّحٌ، واستحقاقه في المراتبة مُقَدَّمٌ، وإنما لا تطالِبُ بالوطء اكتفاءً باستحثاث الجبلَّةِ وانبعاثِ الشهوة عند الإمكان، وإن فُرِضَ حالُ فُتورٍ؛ فلا فائدةَ في المطالبةِ، وأوقاتُ الفَترَاتِ غالبةٌ، والجبلَّةُ عندَ الإمكانِ وبعدَ تحمُّلِ المؤونة في النكاح متقاضِي بليغٌ، وهو أقربُ إلىٰ الإجابة من مشافهة المرأة بالطلب، ولذلك إذا اكتفىٰ الزوجُ بأخرىٰ ثبَت لها طَلَبُ القَسْمِ، وإذا عارض داعِيَ الجبلَّةِ صارِفُ الكفَّارة اللازمة بالإيلاء ثبَت لها الطلبُ[2].

❊ فإن قيل: إنما ثبتتِ الدلالة بطريق الأَولىٰ بعد المشاركة في العلة، ولسنا نسلِّم

أن علةَ الأصل فواتُ التحصُّنِ المستحَقِّ، فلِمَ علَّلْتُم به؟

۞ قلنا: يكفي في إثبات العلة المناسبةُ والملائمةُ، وما ذكرناه مناسبٌ وملائم لنظر الشرع في العقود، فكل عقدٍ عُقد لمقصود فالردُّ متطرقٌ إليه عند تعذُّرِ المقصود.

❊ فإن قيل: المعقود عليه في النكاح الحلُّ دون الوطءِ، وهذا لم يُطَرِّقْ خَلَلًا إلىٰ الحلِّ، وإنما التعذر في الاستيفاء.

۞ قلنا: هذا هَذَيانٌ؛ فإن الحل عبارة عن حكم الله؛ كالملك في البيعِ، والمعقودُ المبيعُ الذي يتعلَّقُ به حكم الملك، فكذلك المعقودُ هو

(١) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٢٨).
(٢) ينظر: الوسيط، ٥/٢٨٥.

المستحَلَّ دون الحِلِّ[1].

❊ فإن قيل: ما ذكرتموه من المناسبة منقوضةٌ بما عَدا العيوبِ الخمسة؛ مِن الاستحاضة والبَخَرِ[2] وكثرةِ القروحِ والقَيحِ والهَرَمِ؛ فإنه يُفَوِّتُ التحصُّنَ، ولا يُثْبِتُ الخيارَ.

٢٥٤/ب ❊ قلنا: لأن آحاد هذا لا يفوِّتُ، فإنْ فُرِضَ اجتماعُ أنواعٍ منه/، فيثبت الخيار، فعليهم تحقيق التصويرِ وعلينا المنع، وذلك كلام يتعلق بتفصيل القاعدة، فلا يلزم علىٰ القاعدة ممَّن لا يعتقد أصْلَ القاعدة.

---

(١) وفرض المصنف هنا لهذا الاعتراض ووصفه بالهذيان محله قول الحنفيه بمثله، وهم لم يقولوا به ولم يعترضوا بمثله، وإنما اعتراضهم هو عدم التسوية بين الرد بالعيب في البيع، وبين العيب في النكاح، يقول السرخسي في المبسوط، ٥/٩٧: «الرد بالعيب فسخ العقد بعد تمامه بلا خلل في ولاية المحل، والنكاح لا يتحمل هذا النوع من الفسخ، ألا ترىٰ أنه لا يتحمل الفسخ بالإقالة؛ وهذا لأن ملك النكاح ملك ضروري لا يظهر في حق النقل إلىٰ الغير، ولا في حق الانتقال إلىٰ الورثة، وإنما أظهره الشرع في حق الطلاق للتقصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الأخلاق، وهذا لا يقتضي ظهوره في حق الفسخ بعد تمامه؛ لأنه لا ضرورة فيه فكان في هذا الفسخ بمنزلة الإسقاطات كالطلاق، والعتاق بخلاف الفسخ بعدم الكفاءة أو بخيار البلوغ فإنه فسخ قبل تمامه لخلل في ولاية المحل، فيكون في معنىٰ الامتناع من تمامه، وكذلك الفسخ بخيار العتق فإنه امتناع من التزام زيادة الملك علىٰ ما نبينه في موضعه إن شاء الله تعالىٰ؛ ولأن هذه العيوب لا تخل بموجب العقد، وهو الحل فلا يثبت خيار الفسخ كالعمىٰ، والشلل والزمانة، فإن الاستيفاء ثمرة، وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد النكاح، ألا ترىٰ أن الاستيفاء يفوت بموت أحد الزوجين، ولا يوجب ذلك انفساخ النكاح حتىٰ لا يسقط شيء من المهر، وعيب الجنون والجذام فيما هو المقصود دون الموت لأن الاستيفاء هنا يتأتىٰ، ومقصود النسل يحصل، وبه فارق البيع فإن هناك فوات التسليم قبل القبض يوجب انفساخ البيع فكذلك وجود العيب».

(٢) البَخَرُ: نَتَنُ الفَمِ. ينظر: الصحاح، ٢/٥٨٦.

❊ **فإن قيل:** إذا لم يثبت له الفسخُ بإباقها وموتها، فكيف يثبت برَتَقِها وقَرْنِها؟! والموت يَزيدُ في التفويت على الرتق.

۞ **قلنا:** وموتُ الزوج يَزيدُ على جَبِّه وعُنَّتِه، وكذلك إباقُه، فَلِمَ لم يُلحقْ بالجَبِّ والعُنَّةِ؟ فسيقولون: الموت ينهي النكاح من الجانبين فلا معنى للفسخِ، وقد حصل الغرضُ بانتهاء النكاح، والنكاح معقودٌ للعُمُرِ، والإباق عارضٌ هو عرضةُ الزوال، وطَبْعُ كل واحد من الزوجين مائلٌ إلى صاحبه غالبًا، فالعَودُ منتَظَرٌ، والتدارك بالقهر ممكنٌ، فلم يكنْ في معنى الجَبِّ والعُنَّةِ، وهذا عذرُنا أيضًا في جانبها، ويرجع حاصله إلى الفرق بين عيب وعيبٍ لافتراقهما في التأثير؛ كما فرَّقوا في الصداق بين عيبٍ وعيب.

❊ **فإن قيل:** كيف تطمعون في التسوية بين الزوجين ولو عتَق فلها الخيارُ، ولو عتَق الزوجُ فلا خيار له؟! وكذلك: لو حلفت ألا تُمكِّنَ مِن الوطء، فلا فسخ له، ولو حلَف الزوجُ فلها طلبُ الفراق.

۞ **قلنا:** هذا من الالتفات إلى الصور، والمعنى أَوْلى بالاتباع، فإن خيار الأمة يثبُتُ لضِرارها تحت عبدٍ، ولا ضررَ على الزوج بكون الأمة في نكاحِه، وأما إيلاءُ المرأة فلا يورِثُ مَنْعًا؛ لأن قهرَها على الوطء ممكنٌ، والوطء من الرجل لا يتأتى إلا باختياره، فقد افترقا في ضَررِ الإيلاء والعتق، ولم يفترِقا في ضرر الجَبِّ والرَّتَقِ.

❊ **فإن قيل:** افترقا في هذا الضررِ أيضًا؛ فإن المرأة يَفُوتُها التحصُّنُ أصلًا ورأسًا، بجَبِّ الزوج وعُنَّتِه، والزوج قادر على طلاقها ونِكاحِ ثلاثٍ سواها، والتحصينِ بالتسرِّي كما شاء، فالعلة في الأصل فواتُ التحصُّنِ

أصلًا، ولم يوجد في الفرع إلا فواتُ التحصُّنِ منها، والأصل في النكاح اللزومُ، فإذا نِيطَ رَفْعُه بضرورة عاليةٍ لا يُناطُ بما دونها، وليس يثبت عندنا للمرأة بِجَبِّهِ إلا رَفْعُ الأمر إلىٰ القاضي؛ ليُفَرِّقَ الزوجُ بينَهما بالطلاق كما يفعل بالمُولي، ومطالبةُ الزوج القاضي بالطلاقِ مُحالٌ؛ فإنَّ الطلاق إليه.

۞ قلنا: اشترك الزوجان في فوات التحصُّنِ المستحَقِّ، وهذا القدرُ هو المناسب لرفْعِ الضررِ، وقُدرتُه علىٰ الخلاص بطريق آخَرَ لا يوجبُ افتراقًا؛ كما إذا طُلِبَ المبيعُ المغيَّبُ بأكثرَ مِن الثمنِ، وكما قالوا في خيار البلوغ؛ فإنه يستوي فيه الصغيرةُ والصغيرُ؛ مع قدرة الصغير علىٰ الطلاقِ، ثم القاطِعُ لخيالهم أنَّ الرَّتْقاءَ تفسخُ نكاح المجبوبِ، وأيُّ خلاص لها في فسخ نكاحِه؟! ولكن قيل: إذا فات التحصُّنُ المستحَقُّ بسببٍ في الزوج، فلا يُنظر إلىٰ عدم الانتفاع بالفسخ، ولا إلىٰ عدم الحاجة إلىٰ الفسخ.

وأما قولهم: إن المرأة لا تطالِبُ القاضيَ بالطلاق كما في الإيلاء؛ فهذا مما ينفردون به، وهو نِزاعٌ في طريق الفِراقِ، والفراقُ مُستحَقٌّ لها بكل حالٍ، وهو متعلَّقُنا.

❊ فإن قيل: أظهرتم تأثير العلة بكون العيب مؤثرًا في البيع، وما ظهر تأثيره في البيع لم يجِبْ/ كونُه مؤثرًا في النكاح؛ إذ يثبُتُ الخيار في البيع بالرويَّةِ وبالشرط والمجلس، ويفسُدُ بالهَزْلِ، ويُفسَخُ بالإباق، وينفسِخُ بالموت، وينفسِخُ بكل عيب وإن قَلَّ، وكل ذلك منعكس في النكاح. [٢٥٥/أ]

۞ قلنا: العلة مستقلةٌ بالمناسبة غيرُ مفتقِرةٍ إلىٰ التأثير عندنا، وإنما ذكرنا التأثير لمزيد تأكيدٍ علىٰ أن المعنىٰ أوجَبَ الفَرْقَ في هذه المسائل؛

لأن خيارَ التروِّي أثْبَتُ في البيع الذي يجري بغتةً دون التروِّي في الغالب، والنكاح بخلافِه، وأما الهزْلُ فيستوي فيه النكاحُ والبيعُ عندنا، وقولُه ﷺ: «**ثَلَاثٌ هَزْلُهُنَّ جِدٌّ**»[1]، أراد به: أنَّ مَن أَقْدمَ عليه هَزِلًا فهو جادٌّ؛ إذ لا تُعتادُ الملاعبةُ به، وأما الإباق فمفوِّتٌ للفرض في البيع، فإنه عقدُ مرابحةٍ وتجارةٍ، والغرضُ منه قدرة ناجزةٌ، وأما النكاح: معقودٌ للعُمرِ، والرجاء صادقٌ في العَودِ؛ مع أن الحظ مشتركٌ بين الزوجين، ولذلك لم يجعلوا إباق الزوج كعُنَّتِه، وأما الموت فللشرْعِ رأْيٌ في تقرير المهر لكون النكاح معقودًا للعمر، وهذا لا يحسِمُ باب النظر على الإطلاق على كل فريق، وأما سائر العيوب فقد تكلَّمْنا عليه.

❊ **فإن قيل**: وقد ظهر فرقٌ بين البيع والنكاح في الردِّ بالعيب، فإنَّ ملك النكاح ثبَت على الحرة على خلاف القياس؛ لضرورةِ حلِّ الوطء، فيُقَدَّرُ بقَدْرِ الضرورة، ولم يظهر أثرُه إلا في حل الوطء حتى لم يظهر أثرُه في صرف المهر عند الوطء بالشُّبهة إلى الزوج، ولا في نقل الملك إلى الغير، ولا في جواز التفاسخ بالتراضي، ولا في استقلال الزوج بالفسخ؛ مع أنه يقدِرُ على الاستقلالِ بالفراق، والردُّ بالعيب مِن آثار الملك، فلا يظهر أثرُ الملك فيه أيضًا.

۞ **قلنا**: لا؛ بل ملك النكاح يظهر أثرُه في كل ما يليقُ، أما التفاسخُ

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، في كتاب النكاح، باب: في الولي، ٢/٢٢٥ رقم ٢١٩٦، والترمذي في سننه في كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، ٣/٤٨٤، رقم ١١٨٤، ولفظه: «**ثلاث هزلُهن جِدٌّ وجِدُّهُن جِدٌّ؛ النكاح والطلاق والرجعة**»، والحديث ضعفه ابن الملقن في البدر المنير ٨/٨٢، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ٦/٢٢٤.

بالتراضي: فممنوعٌ، وأما الاستقلال بالفسخ لا ينبي عنه الملكُ، وسيأتي حقيقته في مسألة الخُلْعِ أَهُوَ فسخٌ أم طلاقٌ؟ أما مهرُ الوطء بالشبهة: لا يُصرفُ إليه؛ لأنها أُتلِفَتْ قبلَ القبض، وغاصِبُ الدَّارِ المستأجَرةِ يَصرفُ الأجرة إلىٰ المكري لا إلىٰ مالِكِ المنافع؛ فهذا هو القياسُ، وأما نقلُ مِلك الزوجية إلىٰ الغير: امتنع؛ فإنه اللائقُ بالعقدِ؛ إذ النكاحُ مَعقودٌ للسَّكَنِ والازدواجِ وتحصيلِ الولدِ، والمستولدةُ مع كونها رقيقةً يمتنع البيعُ منها لحق الولد، ويبقىٰ ذلك بعد موت الولد، فكيف يبعُدُ المنعُ مِن النقل في النكاحِ؟! علىٰ أنَّ ما ذكروه منقوضٌ بخيار الأمَةِ وخيارِ الجَبِّ والعُنَّةِ وخيارِ البلوغ، فإنه ظهر أثرُ الملك في جميع ذلك، وقد أحالوا خيارَ الأمَةِ علىٰ تجدُّدِ زيادة عليها لم يقتضِه[1] العقدُ تشبيهًا بالبيع، فإن اعتذروا بأنَّ تلك

---

(١) كذا في الأصل، وصوابها: «لم يقتضها»؛ علىٰ أن المثبت له وجه، وهو أن يُضْبَطَ بسكون الهاء «يَقْتَضِهْ»، وفتح الضاد، ويخرَّج علىٰ لغة طيِّئ ولَخْمٍ؛ فإنهم يحذفون ألف ضمير المؤنَّث «هَا» مع تسكين الهاء ونقل فتحتها إلىٰ الحرف الذي قبلها، بعد تقدير سَلْبِ حركتِهِ إنْ كان متحرِّكًا، فيقولون في «بِهَا»: «بَهْ»، وفي «فِيْهَا»: فِيَهْ، وفي «مِنْهَا»: مِنَهْ، وذكر ابنُ مالك أنَّ هذا الحذفَ والنَّقْلَ يُفْعَلُ اختيارًا.

ومِنْ شواهد هذه اللغة: قولهم: «نَحْنُ جِئناك بَهْ»، أي: بِهَا. وما حكاه الفرَّاء أنَّه سَمِعَ بعضَ السُّؤَّال يقول في المسجد الجامع: «بالفضلِ ذُو [الذي] فَضَّلَكُمُ اللهُ بِهْ، والكرامَةِ ذاتُ [التي] أكرمَكُمُ اللهُ بَهْ» يريد: بِهَا.

ومنها: قولُ الشاعر [من الوافر]:

فـإنِّي قـد رَأَيْـتُ بِـدَارِ قَـوْمِي ... نوائـبَ كُنْـتُ فـي لَخْـمٍ أَخَافَـهْ

أي: أخافُهَا. قال ابن دُرَيْدٍ: «وهكذا لغةُ طيِّئ؛ يقولون: كِدتُّ أَضْرِبَهْ: إذا عَنَوْا المؤنَّثَ إذا أرادوا أنْ يقولوا: كِدتُّ أَضْرِبُهَا». اهـ.

وهذه اللغةُ لا تزالُ مستعملةً إلىٰ اليوم في كلام بعض أهل القَصِيم ومَنْ جاورهم من ديار الجزيرة العربية. =

الزيادةَ جديدةٌ وله الامتناعُ مِن قَبولها، ولا يتصوَّرُ الامتناع إلا بفسخِ الأصل، فثبت الفسخُ ضرورةً وضِمنًا عارَضْناهم بمثله؛ وقلنا: الردُّ بالعيب امتناعٌ عن قبول الضررِ والانقياد، وليس يلزمُه قَبولُ الضرر بحالٍ، ولن يتصوَّرَ دَفْعُه إلا بالفَسْخِ، فكان الفسخُ من ضرورته.

❊ فإن قيل: بِمَ تُنكرون علىٰ مَن يعلِّلُ ثبوتَ الخيار لها بعدم تقرُّر المهرِ؟ وهذا لا يجري في الزوج/.

٢٥٥/ب

❁ قلنا: لأنَّ لها الخيار لو وطِئَها ثم جُبَّ، وهذا قاطعٌ، ثم لا خلاف في ثبوت الخيار بعد الإبراء عن المهر وبعدَ خَلْوةِ المجبوب، وليس يُحذَرُ التشطُّرُ في الصورتين، فإن زعموا أن من العلماء من يحكُمُ بتشطُّرِ المهر عند الطلاق بعد الإبراء وبعدَ خَلوةِ المجبوب، فربما يتَّفِقُ قاضِي يقضي به[1].

❁ قلنا: الآن ينبغي أن ننصِفَ لنبيِّنَ علىٰ البديهة أنَّ إحالة الفسخ علىٰ تنجُّزِ الضرر بفَوْتِ التحصُّن المستحَقِّ المقصود أَوْلىٰ، أو علىٰ توهُّمِ قضاء القاضي بما يرجع إلىٰ المهر الذي لا وَقْعَ له في النكاح، وهذا واقعٌ في رُتبةِ الضروريات من الشرع لا محملَ للنزاعِ فيه إلا العِنادُ، والله أعلم بالصوابِ.

= انظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد (٢٨٩/١)، و«الإنصاف، في مسائل الخلاف» (٥٦٧/٢ ـ ٥٦٨)، و«أوضح المسالك» (١٥٥/١)، و«شرح شذور الذهب» (ص١٥٥)، و«مغني اللبيب» (ص٨٣٩)، و«همع الهوامع» (٣٢٩/٣).

(١) ينظر: الإشراف علىٰ مذاهب العلماء، ٥٨/٥، والمعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، ٢٢٦/٢.

مَسَائلُ الصَّداقِ



❁ **مَسْأَلَة: المهرُ جائزٌ قليلُه وكثيرُه**[1]، وقال أبو حنيفة: لا مَهْرَ أقلَّ من عشرةِ دراهِمَ[2]، والخصم هو المدعي للتقدير فهو المطالَب ببيان المآخذ وليس علينا إلا الإنكارُ والهدم، ولكنَّا لإقامة رَسْمِ الابتداء **نقولُ**: من نكَحَ بخمسٍ دراهمَ فقد ابتغىٰ بماله التحصُّنَ بالنكاح عن السفاح؛ فحل له، كما إذا نكح بالعشرةِ فصاعدًا، وتحقيق الوصف عموم قولِه سبحانه: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾[3]، فربط الحل بالابتغاء بالمال بمرسَلِ وصف المالية لا بوصف السَّرَفِ والكثرة، فمن قَدَّرَ فقد زاد وافتقر إلىٰ دليلٍ، والمعهود من جنس كلامهم أنَّ مثلَ هذا في حكم الزيادة علىٰ النص إذ قالوا: حكَمَ الربُّ تعالىٰ بإيجاب التحرير بوصف الرقبة لا بوصف الإيمان، فمن زاد الإيمانَ فقد نسخَ، وعندنا

(١) ينظر: الأم، ٤١٤/٦، والحاوي الكبير، ٣٩٧/٩، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٣٦٩/٩، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٢٤٩/٧، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: شرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٤٢١/٢، والإنصافي في معرفة الراجح من الخلاف، ٢٢٩/٨، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٥/٣.

(٢) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١٠٧، والنتف في الفتاوىٰ، ٢٩٥/١، والمبسوط، للسرخسي، ٨٠/٥، وبدائع الصنائع، ٢٧٥/٢، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٠٤/١، ومذهب المالكية: أن أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلًا من فضة، أو ما يساوي الدراهم الثلاثة. ينظر: بداية المجتهد، ١٦/٢.

(٣) سورة النساء، جزء من الآية (٢٤).

إن لم يكن مثلُ هذا نَسْخًا فلا بُدَّ مِن دليل[1].

❊ فإن قيل: الآيةُ سيقَتْ لبيانِ إيجاب أصل المهر لا لتفصيل التقدير وبيانِ الشرائط، ولذلك لم يتعرضْ للشهادة والولي وجميع الشرائط، وإن كان الحلُّ موقوفًا عليه، والكلام يُفصَّلُ في مقصوده ويُجمل في غير مقصوده.

❁ قلنا: لا شكَّ أن الخَصْمَ لو رُدَّ إلىٰ مجردِ الآية لتلقَّىٰ مِن عمومها جوازَ الابتغاء بكلِّ ما يَنْطلِقُ عليه اسمُ المال، وإنما زاد التقديرَ بدليلٍ ظهَر له يتقدَّمُ في الرتبة علىٰ العموم، فلا بُدَّ مِن ذِكره حتىٰ نتكلَّمَ عليه، ولو لم تردْ أدلةُ الشهودِ والولاية لتلَقَّينا مِن العمومات جوازَ النكاح دونَ شرطٍ؛ كما تلقَّينا مِن قوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[2] جوازَ كلِّ ما ينطلق عليه الاسمُ، والغرضُ مما ذكرناه أن نَكِلَ الدليل إليهم، وهو حاصلٌ لا شكَّ فيه، ولهذا يجوز التعلُّقُ بجميع العمومات المتسعة إلىٰ أن يرِدَ دليل مخصِّصٌ.

(١) وبيان ذلك أن من أصول الحنفية التي تفردوا بها أن الزيادة علىٰ النص لها حكم النسخ، مثل زيادة الرجم في حق المحصن بقوله ﷺ: «وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ»، وبرجم النبي ماعزًا وغيرهما، والمسح علىٰ الخفين بالأحاديث الدالة علىٰ جواز المسح، والتتابع في صوم كفارة اليمين بقراءة ابن مسعود ﷺ «فصيام ثلاثة أيام متتابعات». وقد تحقق النسخ معنىٰ في هذه الصور بهذه الزيادات فإن عموم قوله تعالىٰ: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ يتناول المحصن كما يتناول غيره، فبزيادة الرجم انتسخ حكم الجلد في حقه، وكذا قوله تعالىٰ ﴿وَأَرْجُلَكُمْ﴾ يتناول حالة التخفف في إيجاب الغسل فبزيادة المسح انتسخ الحكم في هذه الحالة، وكذا إطلاق قوله تعالىٰ: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾، يوجب جواز التفرق والتتابع فيه فبتقييده بالتتابع انتسخ جواز التفرق. ينظر: كشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري، ٢/٣٦٩.

(٢) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٧٥).

❊ فإن قيل: المالُ المذكورُ في الآية مجهولُ المِقْدارِ، والرسول قد فصَّله؛ إذ قال: «لَا مَهْرَ أَقَلُّ مِنَ عَشَرَةٍ»[(١)].

۞ قلنا: الحديثُ مطعونٌ فيه، قال أحمد بن حنبلَ: كنَّا نسمع ذلك زمانًا عن عليٍّ، فصار الآن حديثًا مرفوعًا. والرافعُ الحجاجُ بن أرطاةَ[(٢)] ومُبَشِّرُ بن عُبَيدٍ[(٣)] وهما ضعيفان، وقد رَوىٰ عن جابرٍ ....

(١) أخرجه عبد الرزاق ٦/١٧٩ (١٠٤١٦)، وابن أبي شيبة، ٣/٤٩٣ (١٦٦٣١)، والدارقطني، سنن الدارقطني، ٤/٢٧٤ (٣٤٥٢)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ، ٨/٤٥٤ عن علي موقوفًا.
وأخرجه أبو يعلىٰ الموصلي في مسنده، ٤/٧٢ (٢٠٩٤)، وابن حبان في المجروحين، ٣/٣١، والطبراني في الأوسط، ١/٦ (٣)، والعقيلي في الضعفاء الكبير ٤/٢٣٥، والدارقطني، ٤/٣٥٨ (٣٦٠١)، والبيهقي في الكبرىٰ ٧/٢١٥ باب اعتبار الكفاءة وفي ٧/٣٩٢ باب ما يجوز أن يكون مهرًا.
وقال ابن الجوزي في «التحقيق في مسائل الخلاف» ٢/٢٨٢: قد روينا هذا الحديث من طرق مدارها كلها علىٰ مبشر بن عبيد، قال أحمد بن حنبل: مبشِّرٌ ليس بشيءٍ أحاديثه موضوعات، يكذب يضع الحديث. وقال الدارقطني: يكذب، وقال ابن حبان: يروي عن الثقات الموضوعات لا يحل كَتْبُ حديثه إلا علىٰ سبيل التعجب.

(٢) الحجاج بن أرطأة بن ثور بن هبيرة النخعي أبو أرطأة الكوفي القاضي أحد الفقهاء، وهو صدوق كثير الخطأ والتدليس، شخص إلىٰ الرّيّ بصحبة الخليفة المهدي - ﷺ - ١٦٩هـ - قال خليفة بن خياط: مات بالري. توفي الحجاج سنة١٤٥ هـ. انظر: الضعفاء لأبي زرعة الرازي في أجوبته علىٰ أسئلة البرذعي، ١/٤٠، وتهذيب التهذيب ٢/١٩٦ ـ ١٩٨.

(٣) مبشر بن عبيد الحمصي يروي عن الزهري، قال أحمد: ليس بشيء؛ أحاديثه موضوعة كذاب، وقال مرة: يضع الحديث، وقال الرازي: منكر الحديث جدًّا، وقال الدارقطني: متروك الحديث يضع الأحاديث ويكذب، وقال ابن حبان: يروي عن الثقات الموضوعات لا يحل كَتْبُ حديثه إلا تعجبًا. ينظر: التاريخ الكبير للبخاري، ٨/١١، والمجروحين لابن حبان ٣/٣٠، وكتاب الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي، ٣/٣٣.

عطاءٌ[1]، وعطاءٌ لم يَلْقَ جابرًا، فهو مرسلٌ، ومذهبُ جابرٍ بخلافه، وهو مِن أدلِّ الأدلة/ عندهم على الطعنِ، ولو سُلِّمَ الصحةُ جَدَلًا ولا وَجْهَ له، [٢٥٦/أ] فيعارِضُه قولُه ﷺ: «المَهْرُ جَائِزٌ قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ»، وقوله ﷺ للأعرابيِّ: «الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»[2]، في معرِض التحقير، وقوله ﷺ: «مَنْ أَصْدَقَ امْرَأَتَهُ كَفًّا من سويق كَانَ ذَلِكَ مَهْرًا»، وهذا نصٌّ لا يحتمِلُ التأويلَ وإن كان يتطرَّقُ إلىٰ الحديثين السابقين نوعُ تأويلٍ وأحاديثُنا مدوَّنة في المسندات الصحاحِ، وإنْ تعارضت بقِيَ العمومُ وإلَّا فنرجِّحُ بطريق الصحَّةِ والسلامة من الطعن.

❊ فإن قيل: لعلَّ تِيكَ الأحاديثُ وَرَدَتْ قبلَ ورود حكم التقدير، فإن التقديرَ من التعبُّدات، ولم يُضَعْ مقرونًا بأوَّلِ البَعثة لا محالة، وكان الجريانُ علىٰ النفي الأصليِّ ثم ورد قولُه: «لَا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشَرَةٍ» ناسخًا لما تقدَّم، وهذا أَولىٰ من تقدير عَكْسِه بفرض التقدُّم في حديثنا؛ لأنه يُحتاج فيه إلىٰ

(١) عطاء بن أبي رباح أسلم القرشي مولاهم الإمام، شيخ الإسلام، مفتي الحرم، أبو محمد القرشي مولاهم، المكي. يقال: ولاؤه لبني جمح، ونشأ بمكة. ولد: في أثناء خلافة عثمان. حدث عن: عائشة، وأم سلمة، وأم هانئ، وأبي هريرة، وابن عباس، وزيد بن أرقم، وابن الزبير، وعبد الله بن عمرو، وابن عمر، وجابر وعدة من الصحابة. وأرسل عن: النبي ﷺ وعن: أبي بكر، وعتاب بن أسيد، وعثمان بن عفان، والفضل بن عباس، وطائفة. وكان من أوعية العلم. حدث عنه: مجاهد بن جبر، وأبو إسحاق السبيعي، وأبو الزبير، وعمرو بن دينار، والقدماء، والزهري، وقتادة، وعمرو بن شعيب، ومالك بن دينار. انتهت فتوىٰ أهل مكة إليه، وإلىٰ مجاهد، وأكثر ذلك إلىٰ عطاء. وكان ثقة، فقيها، عالما، كثير الحديث.

(٢) أخرجه البخاري، ٥/١٥٧٣ (٤٨٤٢) باب: السلطان ولي، وفي ٥/٢٢٠٤ (٥٥٣٣) باب خاتم الحديد، ومسلم، ٢/١٠٤٠ (٧٦/١٤٢٥) باب الصداق وجواز كونه تعليم القرآن.

فرض نَسْخَينِ، والتقليلُ من تقدير النسخ واجبٌ ما أمكن؛ إذ يَحتاج هذا القائل إلىٰ أن يقولَ: ثبت التقديرُ ناسخًا للنفي الأصليِّ، ثم وردت الأحاديث ناسخةً للتقدير، وزعموا أنَّ القولَ بتساقُطِ الحديثَين ـ وقد أمكن الجمعُ بينهما بهذا الطريق ـ لا وَجْهَ له[1].

❁ قلنا: أنتم أيضًا تفتقرون إلىٰ نسخَينِ؛ لأن قوله: «**المَهْرُ جَائِزٌ قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ**» إذا تقدَّم فهو رافع للانتفاء الأصليِّ؛ إذ صار جوازُ الكل حكمًا، ولم يكُنِ الجوازُ قبلَ الورودِ حُكمًا؛ إذ لا حُكمَ عندنا قبل ورود الشرع، ثم إذا صار مرفوعًا بقوله: «**لَا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشَرَةٍ**»، فيتكرَّرُ علىٰ أنَّا إذا سلَّمْنا صحة الحديث فتقديرُ تأويل بعيد أهونُ مِن تقدير نسخٍ، ويحتمِلُ أن يكون قولُه واردًا علىٰ سؤالِ خاصةٍ وواقعةِ شخصٍ رُوجِعَ في تقدير المهر فيها فقال فيها: «**لَا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشَرَةٍ**»؛ أي: لا يليق بالواقعةِ، وتقدير القرائن لتقريب التأويل عند تعارض الأحاديث أهْونُ مِن تقدير النَّسْخ، ولهذا قال الفقهاء كافةً لما ورد قوله ﷺ: «**إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ**»[2]، وعمِلَ به

---

(١) وما ذكره المصنف هنا من وجه تأويل هذه الآثار عند الحنفية هو ـ في حقيقة الأمر ـ أقوىٰ من وجه تأويل الحنفية أنفسهم فيها، فالمصنف افترض تقديمهم لحديثهم؛ لأنه فيه ارتكاب نسخ واحد بخلاف قول الشافعية الذي يلزم منه ارتكاب نسخين، وهو وإن كان مردودًا بما ذكره المصنف بعد ذلك، إلا أنه علىٰ كل حال أقوىٰ من تأويل الحنفية للآثار الواردة في عدم تقييد المهر بقدر معين، وهو أنهم جعلوا هذه الآثار خاصة بما يجعله لها الزوج في اليد، لا في الصداق المطالب به شرعا، ولذلك قال النبي ﷺ للرجل: «**الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا**» فأمره بالتماس، وهذا يكون باليد، أما الصداق المستحق عليه فيثبت في ذمته، ولا يكون أقل من عشرة دراهم، ولا يخفىٰ ما فيه من بُعْدٍ وتكلف. ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٥/٨١.

(٢) أخرجه مسلم، ٣/١٢١٧ (١٥٩٦/١٠١، ١٠٢، ١٠٤) باب بيع الطعام مثلا بمِثْلٍ.

ابنُ عبَّاسٍ: إن حديث الربا نصٌّ في رِبا الفَضْلِ، ولا سبيل إلىٰ تقدير نسخ، فلعله سُئل عن بيع الشعير بالحنطة متفاضلًا فقال: إنما الربا في النسيئة؛ جوابًا عن الواقعة، وكل هذا مستغنًىٰ عنه؛ فإن الحديثَ مطعونٌ فيه، ولكِنَّا ذكرناه للتنبيه علىٰ طُرُقِ الكلامِ.

❊ **فإن قيل**: ما تعلقتم به من العموم ضعيفٌ يقبل التخصيصَ بالقياس.

فنقول: ثبت أن وجوب المهر حق الشرع حتىٰ إن المفوضة تستحقُّ المهرَ؛ إما عند الوطء أو العقد علىٰ ما فيه من الاختلاف، وعُرِفَ ذلك بقوله: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[(١)]، وبقوله في قصة الواهبة: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[(٢)]، وبغير ذلك من المستندات، وفُهِم من هذا التعبُّد إرادةُ الشرع إبانةَ خطر البضع بصونه عن البَذْلِ، وجَعَل المال وسيلةً إليه تشريفًا له، فلا بُدَّ من مال يظهر به الشرفُ، والمقادير متقابلةٌ، وأقل مقدارٍ أظْهر الشرع شَرَفَه هذا القدرُ؛ فإنه نصاب السرقةِ، قالت عائشةُ: كانت اليدُ لا تُقطَعُ في/ [٢٥٦/ب] زمانِ رسول الله ﷺ بالمال النَّزْرِ التافِهِ.

فدلَّ أن هذا القَدَرَ شَريفٌ، وإذا ثبت الأصل وتعيَّن طلُب قَدَرٍ لظهور معنىٰ الأصل، وهو الشرفُ، فأقرب مردٍّ هذا، ولأن البضعَ سُلِك به مسلكَ الأعضاء؛ في أنه لا تستوفىٰ إلا بعُقرٍ أو عقوبة.

۞ **قلنا**: قد قيل: أن المفوِّضة لا تستحِق المهرَ بالوطء، ولكنَّا لا نراه فإنه بعيدٌ عن مذهب الشافعي وعن المفهوم من الآيات والأخبار، وتطابُقِ

---

(١) سورة النساء، جزء من الآية (٢٤).

(٢) سورة الأحزاب، جزء من الآية (٥٠).




الأولينَ علىٰ طلب المهر مع التساهل في الطلب والاستيفاء.

فنقول: ثبت أصلُ العوض صيانة له عن صورة البذل، وفيه نوعُ شرفٍ، ولو قدر بمقدار لزاد الشرفَ، وأصلُ الشرف من أين يوجب زيادةَ الشرف؟

وإن قالوا: لا شَرَفَ في الاقتصار علىٰ ما يتموَّلُ.

۞ **قلنا:** ولا في عشَرةٍ، وهي وأضعافها مستحقَرةٌ في ميزان الشرع بالإضافة إلىٰ خطر البضع لا بل الشرفُ لا يظهر بقدر المال، وإنما يظهر بالتعبُّدِ والتضييق والتقييد بالشروط، وقد ظهر بالتقييد بأصل الشهادة لا بعدد الشهود وخصالهم الحميدة، وظهَر بالتقييد بالوليِّ، فيظهر أيضًا بالتقييد بالعوض، وأما السرقة فبمَعْزِلٍ عن ما نحن فيه؛ لأن اليد لم تُقطع لأجل المال، والسارق غير مستحقٍّ للمال، والمال مردود إليه، ولا نقصانَ في المال بعد الردِّ، فكيف تُقطع اليد لفوات اليد عنه في ساعةٍ؟! بل ذلك لهتكه حُرمة نفسه بالجناية، وإنما تعظُم الجناية إذا صادف متشوَّفًا يتعلَّق به ضِنَّةُ المالك، فالدرهم والدانق قد تجري به المساهلة والمباسطةُ، فلا تعظُمُ به الجناية، ثم الشرع أعرف بما يعظم وَقْعُه في نفوس الملَّاك إذا شرُفَتْ منهم فقدر بما رآه وسَطًا بالإضافة إلىٰ طبقات الخلق، ولما كان الوقع في قطع الطريق أكبرَ، والخطر في المكابرة أكثرَ، ضمَّ إلىٰ قطع اليد قطعَ الرِّجْلِ؛ علىٰ أن الشرف إنما يظهر بمَهر المثل، وهو كمال القيمة، ولما أظهر الله شرفَ الدمِ أوجب ألف دينار في روحه عند تعذُّرِ القصاص، وهو أكملُ الأعداد من أنْفَسِ الأموال وأكْمَلِ الجواهرِ، فَلِمَ لم يتعيَّنْ مهرُ المثل، ولم يَجْرِ ما يوجِبُ سقوط حرمةٍ؛ بخلاف السرقةِ؟ والعجب أنهم قالوا: لو

صُرِّحَ بنفي المهر استحق كمال المثلِ ، ولو صُرِّحَ بخمسةٍ لم يستحقَّ إلا عَشَرَةً. وهو تناقض بيِّنٌ ، وكلَّما يتكلَّفُ لهم من عُذْرٍ في الفرق فدَفْعُه هيِّنٌ[1].



مَسْألَة: المفوِّضةُ[2] لا تستحِقُّ المهرَ بمجرد العقد عند الشافعي ،

---

(١) تقرير وجه الحنفية في التقييد ، أنهم رأوا أن المهر وإن كان بدلًا في عقد ، إلا أنه لا يرجع تقديره للمتعاقدين ، بل هو مقدر من قبل الشارع لإظهار خطر البضع ، قال السرخسي: «لم يجعل إيجاب أصله إلىٰ المتعاقدين فيكون مقدرًا شرعًا كالدية ، وبيان ذلك أن النكاح لا ينعقد صحيحًا إلا موجبًا للعوض ؛ إما في الحال ، أو في الثاني علىٰ ما بينًا ، وإنما كان اشتراط العوض فيه شرعًا ؛ لإظهار خطر البضع ، ولا يحصل هذا المقصود بأصل المالية فاسم المال يتناول الخطير والحقير ، وإنما يحصل إظهار الخطر بمال مقدر ، وإليه أشار الله تعالىٰ في قوله: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠] ، والبضع من وجه في حكم النفوس حتىٰ لا يسقط حكم الفعل فيه بالبدل ؛ ولأن الوطء سبب لإعلاق النفس ، وإذا كان بغير ملك يضيع ؛ لانعدام من ينفق عليه ، فكان الخطر هنا في معنىٰ الخطر في النفوس ، والمال الذي هو بدل عن النفوس مقدر شرعًا ، وهو الدية ؛ وهذا لأن كل مال أوجبه الشرع تولىٰ بيان مقداره كالزكاة وغيرها ، فكذا الصداق مما أوجبه الشرع ، فيكون مقدرًا شرعًا ، وإليه أشار الله تعالىٰ في قوله: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ ...﴾ الآية معناه: ما قدرنا ؛ فإن الفرض عبارة عن التقدير ، وعلىٰ هذا نصاب السرقة يدخله التقدير بالاتفاق ؛ لأنه يستباح به ما لا يستباح بالبدل فكذلك الصداق». ينظر: المبسوط ، للسرخسي ، ٥/٨١.

(٢) التفويض في النكاح: أن تنكح المرأة نفسها بغير مهر ، وهو ضربان:
أحدهما: تفويض البضع: وهو أن يتزوج الرجل المرأة الثيب من وليها بإذنها ورضاها ، علىٰ أن لا مهر لها ، فهذا نكاح التفويض ، لأنها سلمت نفسها بغير مهر ، أو يتزوجها دون أن يسم لها في العقد مهرًا ، ولا شرط فيه أن ليس لها مهر.
والثاني: تفويض المهر: وهو أن يجعل المهر إلىٰ رأي أحد الزوجين أو غيرهما ؛ كقوله زوجتك بنتي أو أختي ونحوها علىٰ ما شاءت الزوجة أو علىٰ ما شاء الزوج أو علىٰ ما شاء=

هذا ما قطَع به العراقيون بنقلِه[1]، وقال أبو حنيفة: تستحِقُّ بالعقد[2]، وهو قولٌ ذكره المراوزة[3]، واعترفوا بأنه مُخرَّجٌ، وقالوا: مستند التخريج نصُّ الشافعيِّ علىٰ قولين في أنها: هل تستحق عند الموت إذ لو لم يجب بالعقد لما وجَب عند الموت، ولا خلاف أنَّها تستحق المهرَ عند المسيس، وخرَّج القاضي حسينٌ[4] وَجْهًا أنها لا تستحق بالمسيس، وليس ذلك مذهبًا معتدًّا به؛ إذ لم يعرفه أحدٌ من المتقدمين في مذهب الشافعي إلىٰ زمان القاضي[5]،

= فلان وهو أجنبي من الزوجين أو يقرب لهما أو لأحدهما ونحوه. ينظر: الحاوي الكبير، ٣٧٤/٩، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٢٦/٣.

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٤٧٣/٩، والمهذب، للشيرازي، ٦٠/٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٠٠/١٣، والوسيط، ٢٣٧/٥، وهو مذهب المالكية. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٤٨٠/٢، وجامع الأمهات، ص٢٧٩، ولب اللباب، ص١١٦.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، ٢٩٢/٢، والبناية شرح الهداية، ١٥٦/٥، واللباب في شرح الكتاب، ٢٥٧/١، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: الهداية، للكلوذاني، ص٤٠٧، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٢٦/٣.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير، ٤٧٤/٩، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٠٠/١٣. والمراوزة نسبة إلىٰ: مرو، وهي إحدىٰ مدن خرسان الأربعة، والمراوزة في اصطلاح الشافعية: إحدىٰ الطرق المعروفة في المذهب، ولها أئمة معروفون، ويسمون في بعض الأحيان بالخرسانيين، وأئمة هذه الطريقة هم: أبو عبدالله المسعودي، وأبو علي السنجي، وأبو القاسم الفوراني، والقاضي حسين، والشيخ أبو محمد الجويني. ينظر: طبقات الشافعية الكبرىٰ، ٣٧٢/١، طبقات الشافعيين، لابن كثير، ٣٧٢.

(٤) هو القاضي أبو علي، حسين بن محمد بن أحمد المروروذي، حدث عن أبي نعيم، وحدث عنه عبدالرزاق المنيعي، والبغوي، وآخرون، وتفقه بأبي بكر القفال المروزي. يعتبر القاضي من أصحاب الوجوه في المذهب، وهو من أوعية العلم. من مصنفاته: التعليقة الكبرىٰ، والفتاوىٰ. توفي بمرو سنة ٤٦٢هـ. سير أعلام النبلاء، للذهبي، ٢٦٠/١٨.

(٥) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٠٨/١٣.

وكيف يقالُ ذلك وآيةُ الواهبة وتقييد الحلِّ بالابتغاء/ بالمال؟! وجملةٌ من [١/٢٥٧] الأخبار والآثار يدُلُّ علىٰ وقوف الاستحلال علىٰ المهر، والخَصمُ هو المطالَب في المسألة بالدليل؛ فإنه يحكم بشَغْلِ ذمة الزوج بمال بمجرد العقد، فلا بُدَّ وأن يبيَّنَ وجهَ كونِه سببًا، وسبيلُ التمهيد إقامةً لرسم الابتداء هو أنَّا نقولُ: اضطررنا إلىٰ مخالفة قياس الحقوق، فإن صاحب الحق قد رضي وثبت المهرُ لها دون إرادتها قطعًا تعبدًا من الشرع، وعلمًا بأن التعبدَ لخطر البضع وحرمته، والخطر في استيفائه بالوطء لا في جريان صيغة العقد، فنبقىٰ معتصِمِينَ بالقياس ما أمكن، فإذا جرىٰ الوطء حكَمْنا بالوجوب ليحصُلَ الجمع بين إقامة التعبد عند تحقق الخطبة وبين مراعاة القياس في أول العقدِ، فلا نَنْفَتِلَ عن القياس إلا إذا حقَّتِ الضرورة.

* **فإن قيل**: مستندُ وجوبِ المهْرِ علىٰ خِلافِ رضاها قولُه: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[١]؛ فإنه حصَر الحَل في الابتغاء بالمال، والعاقد في صورة التفويض مبتغِي بغير المالِ، فينبغي أن تثبت عند الاستحقاق.

* **قلنا**: الابتغاء بغير المال سبب للحل بالاتفاق، فإن نكاح المفوِّضةِ منعقدٌ والحِلَّ حاصلٌ، وإن قصد الابتغاء بغير مالٍ، ولكِنَّ الشرعَ حَكَمَ بثبوت المال لإظهار الخطر فينبغي أن يقتصر علىٰ محلِّ الخطر ولا يحكم بالتعجل[٢].

---

(١) سورة النساء، جزء من الآية (٢٤).

(٢) والإشكال الوارد هنا هو تعذر إيجاب المهر حالة الوطء، مع خلو العقد عن المهر، بمعنىٰ: كيف يجب المهر بالمسيس وقد وقع العقد بلا مهر؟ وتخريجه عند الشافعية: أنهم وإن احتملوا إسقاط المهر حالة العقد، فلا يحتملوا إسقاطه في مقابلة المسيس، وقرر ذلك إمام=

❊ **فإن قيل:** إذا أوجبتم بالوطء فقد خالفتم قياسًا أَجْلىٰ وأوضح مما حاذرتموه؛ إذ وطؤه استيفاءٌ لملكه، والشرع لا يمنع استيفاء الملك بغير عوضٍ، ولا يجعل تصرف الإنسان في ملكه سببَ غُرْمٍ، ولذلك لو اتَّهَبَ جارية ووطئها فلا مهرَ عليه، أما عند الوطء؛ لأنه استوفىٰ مِلْكَه، وأما عند الاتِّهابِ فهو أنه ليس يَبْتغي الحلَّ؛ إذ ملك اليمين لم يشرعْ لابتغاء الحل قصدًا، ولهذا لا يفوت بفوات الحلِّ بالرضاع والقرابة وغيرهما، فدل أن التعبد في ابتغاء الحل قصدًا بعقد النكاح، ولذلك عظَّمَ الشرع النكاحَ وقيَّده بالشروط والتعبُّدات والولي والشهود.

❁ **قلنا:** شرط الشهادة والولي لا يقبل التأخيرَ إلىٰ حالة المسيس، وهو قبيح في العادة؛ بخلاف إيجاب الغُرمِ؛ فإنه يعلم أنه وجب لخطر

= الحرمين بقوله: «فإن المهر ليس ركنًا في النكاح، وإنما يتميز النكاح عن السفاح بصحته وإفضائه إلىٰ استحقاق المنفعة علىٰ موجب الشرع، وذلك لا يستدعي عوضًا، ولذلك لم يبعد في الشرع نكاح يصح من غير مهر، كتزويج السيد أمته من عبده، ونهاية الإمكان في ذلك أن نقول: النكاح في وضعه يقتضي - كالبيع الصحيح - عوضًا، والذي ذُكر من أن المهر ليس ركنًا في النكاح، فالمراد به: أنه ليس يثبت علىٰ حقيقة العوضية ركنًا، كما يكون الثمن أحد ركني البيع، فأما المصير إلىٰ أنه لا يثبت شرعًا إقامة لمنصب النكاح وما يقتضيه الشرع، فلا، فهو ركنٌ شرعًا، وليس ركنًا عوضًا، وهو بمثابة عوض الخلع؛ فإن البينونة من غير عوض ولا استيفاءِ عدد الطلقات في الممسوسة غيرُ ممكن، ولكن يفسد العوض، ويثبت الرجوع إلىٰ مهر المثل، أو قيمةِ العوض، كما تقدم في الصداق. ثم إنما يعظم الأمر في تعرية الوطء عن العوض الشرعي، ولا يبعد عروُّ النكاح، وهذا القائل يقول في تزويج الرجل أمتَه من عبده: إنا نحكم بثبوت المهر وسقوطه، وهو محمول علىٰ مذهب الضرورة؛ فإن العبد لا يملك ولا يستبيح الوطء بطريق التسري، فأُثبت في حقه النكاح، كما ذكرناه». ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٣/١٠٩.

الوطء وشَرَفِ البضع، ولكن لما لم يكن بُدٌّ مِن سببٍ، ولم يصلُحْ تصرفه في ملكه أن يكون سببًا فنُحيله على العقد عند جريان الوطء، ونتبيَّنُ أنه وجب بالعقد، ولكن لا نقطع بالوجوب قبله، وهذا رأيُ بعض الأصحاب حتى بنى عليه أن الواجب مَهْرُ المثل باعتبار حالة العقد لا باعتبار حالة المسيس، ولكن يحكم به بطريق التبيُّنِ؛ لأن العقد قد يتصل بالمسيس فيعظُمُ وَقْعُه، وقد ينقطع بالطلاق فلا يعظُمُ وقعه، فلا يتحقق مَحزُّ الخطر فيه فلا يجب المهرُ.

❊ **فإن قيل:** فنحن نسلِّم أنها لو طُلقت لا تستحق إلا المتعةَ، وأنتم تسلِّمون استحقاقه عند المسيس إسنادًا فما قولُكم فيما إذا مات عنها زوجُها؟ فإن سلَّمْتم استحقاقَ المهر انعدَم فائدةُ الخلافِ وعاد إلى لَفْظٍ، وإن منعتُم فلا وَجْهَ له؛ لأنَّ الموتَ كالوطء في تقرير كلِّ العِوَضِ.

[٢٥٧/ب] ❁ **قلنا:** للشافعي فيه قولان منصوصان[1]، ولعلَّ الأظهرَ أنها تستحقُّ المهر تنزيلًا للموت منزلةَ الوطء المقدرِ، كما في مهر المثل، ويتأيَّدُ ذلك بخبر ابن مسعود، فنسلِّم هذا ويبقى الخلاف معقولًا، فإنَّا توقَّفْنا إلى أن يتبين خطر العقد بانتهائه نهايتَه أو انتهائه إلى مقصوده، وتَبينُ فائدته أيضًا في صحَّة الإبراء عندهم وفساده عندنا في الحال، وتَبين في نفي المطالبة بالتسليم في الصداق إذا رأينا البداية بالصداق عند وجوبه بالعقد على أحد الأقوال الثلاثة، وهذا أمتنُ الطرق في نُصرة المسألة، وإن منعنا فنُلحق خلوَّ العقد عن المسيس عند الموت بخلوهِ عن الطلاق، فإنه به أشبه مما إذا وجد المسيس،

---

(١) ينظر: نهاية المطلب، ١٣/١٠٥، روضة الطالبين، ٧/٢٨١.

وتنزيلُ الموتِ منزلةَ المسيس في تقرير المسمىٰ لا يوجِبُ نزولَه منزلتَه في مهر المثل كما في الطلاق، فإنه نزل منزلة المسيس في تقرير نصف المسمَّىٰ، ولم ينزل منزلته في تقرير نصف مهر المثل، وأما مذهب ابن مسعود فلا حجةَ فيه، وما نُقل فيه من الحديث مطعونٌ فيه إذ قيل: رَوىٰ مَعْقِلُ بن يَسارٍ[1]، وهم مجاهيلُ، قال علي رضي الله عنه في مخالفة ابن مسعود: لا نَدَعُ حُكْمَنا بقول أعرابيٍّ بَوَّالٍ علىٰ عَقِبَيه[2].

---

(١) كتب فوقه في الأصل: «كذا في الأصل»، وكتب قبالته في الهامش: «الصواب أن يكون مضافًا إليه، وقيل: معقل بن سنان، وقيل: رجل من أشجع، قيل: ناسٌ من أشجع، والله أعلم».

(٢) والمراد ما روي: «أن عبد الله بن مسعود سئل عن المفوضة إذا مات عنها زوجها قبل الدخول؟ فكان يردد السائل ويعد حتىٰ تردد شهرًا، ثم قال: إن أصبت فمن الله، وإن أخطأت فمني ومن الشيطان، أرىٰ لها مهر نسائها والميراث، فقام معقل بن سنان وقال: أشهد أن رسول الله ﷺ قضىٰ في بروع بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هذا؛ فسُرَّ ابن مسعود سرورًا لم يسر مثله، وحمد الله ﷻ علىٰ ذلك، وهذا الحديث أخرجه أحمد في المسند: ٣/٤٨٠، وأبو داود في كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقًا حتىٰ مات، (٢١١٤)، والترمذي في كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة، فيموت عنها قبل أن يفرض لها، (١١٤٥)، والنسائي في كتاب النكاح، باب إباحة التزويج بغير صداق (٣٣٥٥)، وابن ماجه في كتاب النكاح، باب الرجل يتزوج، ولا يفرض لها، فيموت علىٰ ذلك، (١٨٩١)، والحاكم في المستدرك (٢/١٨٠، ١٨١)، وقال: «صحيح علىٰ شرط مسلم».

ووجه تردد الشافعي أنه حكم باضطراب الحديث، إذ قد قيل: قال معقل بن يسار، وقيل: معقل بن سنان، وقيل ناس من أشجع، فقال: «لا أحفظه من وجه يثبت مثله» وقال: «لو ثبت حديث بروع لقلت به»، وقد بلغ الحديث علي بن أبي طالب، فلم ير قبول رواية معقل، وقال: لا نقبل في ديننا قول أعرابي بوَّالٍ علىٰ عقبيه، فردد الشافعي المسألة؛ لأن الحديث لم يقع علىٰ شرطه في الصحة، فيبقىٰ مجرد مذهب ابن مسعود، ويعارضه مذهب=

❊ **فإن قيل**: المفوَّضةُ إذا طُلقت فلا ينفك عقدها عن استحقاقٍ، فإنها تستحقُّ المتعة بنص الكتاب، وإذا فرض لها مهر تستحق نصف المسمىٰ إمتاعًا إذ قال: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌ﴾(1) والمفوَّضة إذا مات زوجها فلا متعة لها وِفاقًا، فلو لم تستحقَّ المهر لعَرِيَ عقدها عن المال.

۞ **قلنا**: المطلقة تأذت بالفراق فالمتعة في حقها جبرٌ، ولا حاجة إلىٰ جبر المتوفىٰ عنها زوجها، فإنها متفجعة وليست متأذية مستوحِشةً، والمتعة في مقابلة وحشة الفراق، ولذلك تُصرف إلىٰ من يملك الأمة لدىٰ الفراق لا إلىٰ من ملك عند العقد، ونصف المهر يصرف إلىٰ من ملك عند العقد، فمأخذ المتعة غير مأخذ نصف المهر؛ إذ يستند وجوبُ نصف المهر إلىٰ العقد دون المتعة.

❊ **فإن قيل**: إذا لم تحكُموا بوجوب المهر بالعقد فَلِمَ تسلَّطَتْ علىٰ الامتناع من التمكين إلىٰ أن يفرض لها، فثبوت المطالبة بالفرض دليلٌ علىٰ ثبوت المفروض، وإذ ملكت المطالبة بالفرض فبعد الفرض ينبغي أن تملكَ المطالبةَ بالتسليم، ولو قيل به ففيه التصريح بوجوب المهر ورفع الخلاف.

۞ **قلنا**: أما المطالبة بالتسليم فلا قائل به، ولعل أصحَّ القولين أنها لا تطالب بالتسليم قبل الوطء في المسمىٰ المفروض عند العقد أيضًا، وأما المطالبة بالفرض ثابت، وهو أوَّلًا يُشْكِلُ عليهم؛ فإن مهر المثل إذا أوجب

= علي؛ فإنه كان لا يرىٰ للمفوضة عند موت أحد الزوجين مهرًا، وقد خلا النكاح عن المسيس. ينظر: الأم، ٢/٥٨٤، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٣/١٠٦، والتلخيص الحبير، ٣/٤٠٥.

(١) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٤١).

بالعقد فلم تطالبْ بالفرض، ولا خلاف أنها لو وطئت فليس لها طلبُ الفرض بعد الوطء؛ لأن الغُرم قد استقر وجوبُه، فتعيَّن مهر المثل، فلو كان بالعقد عندهم وجوبُه بالوطء عندنا فينبغي ألَّا تطالبَ، فسيصرحون بأن المنتظر ما هو الأصل في الاحترام، وهو الوطء، ومهْرُ المثل مضطرِبٌ باضطراب أحوال العشيرة، واضطراب رَغَباتِ الناس/، وخطرُ البُضع عظيمٌ، [٢٥٨/أ] فلا بُدَّ مِن تقدير ما سبَق وجوبُه دَفْعًا للجهالة عنه، واحتياطًا في أمر البُضْعِ فكذلك نقولُ: لا بُدَّ من تقدير ما سيتحقق وجودُه؛ دفعًا للجهل واحتياطًا للبُضعِ، فإنه استحَقَّ إتلافَ بُضْعِها بعوضٍ، فلها طلب تقدير العوض بما لا تزيد قيمته علىٰ عوض المثل كالمضطر في المَخْمَصة إذا ظفر بطعامِ مملوكٍ والمالكُ حاضرٌ ولا مالَ مع المضطر، فإنه يستحق أكْلَه بعوضٍ، ولمالك الطعام أن يطالِبَ بتقدير العوض، ولا يُسلِّم المالَ إلا بعد تسليمه دفعًا لجهالة القيمة، وليس له طلب ما يزيد علىٰ ثَمَنِ المثل، وله الرضا بما دونه، فكذلك المرأة لو طلبت ما يزيد علىٰ مهر المثل لم يجُزْ، ولها الرضا بما دونه من الأجناس والمقادير، وهذا المثال قريبٌ وفيه نهاية التحقيقِ.

❊ **فإن قيل**: معنىٰ طلب العوض في الطعام التملُّكُ بعقد البيع حتىٰ يصيرَ الطعام مملوكًا له بمقابلٍ، وهو بيعٌ، وها هنا البضع صار ملكًا له مجانًا، وجَعْلُه في مقابَلة الصَّداقِ بعد أن لم يكُنْ تغييرٌ لصفته، والشافعيُّ يمنعُ تغييرَ صفةِ المقابلة بإلحاق الزيادة في العقود اللازمة، ولذلك لم يجوِّزْ إلحاق الزيادة بالثمن والمثمن في العقد.

❁ **قلنا**: هذا من أبي حنيفة لا يستقيمُ؛ فإنه يجوِّزُ تغيير المقابلة ويَراه تغييرَ صِفةِ العقدِ، ونحن لم نجوِّزْه؛ لأن الصفة تابعةٌ لا يمكن إفرادُ القَصْدِ

إلىٰ إثباتها دون الموصوف، وأما جَعْلُ الصداق في مقابلة البُضْعِ له[1] حكمُ الاستقلال ورُتبةُ المتبوع، ولذلك لا يفسُدُ النكاحُ بفساد الصداق ولا يرتَدُّ بردِّه، وقال بعضُ أصحابنا: يثبُتُ في الصداق خيارُ الشرط وخيارُ المجلِسِ؛ لأنه في حُكم عقدٍ مبتدأٍ[2]، ويثبت الأجل في الفرض لو أُثْبِتَ، وتجوزُ الزيادةُ علىٰ مَهْرِ المثل كما في عوض الطعام الذي ذكرناه، فهذا هو السرُّ فيه، وهو واضحٌ، هذا غايةُ البحث عن هذه الغوامض، وهو في غاية الوضوح بالإضافة إلىٰ صَفْوِ العقل.

❊ **فإن قيل**: فَلِمَ سقطَتِ المطالبةُ بالفرض بالمسيس؟

❁ **قلنا**: كما يسقُطُ طلب الفرض في الطعام بعد الهلاك، ويستقِرُّ علىٰ

---

(١) كذا في الأصل، والجادة: «فله» لوقوعها في جواب «أما» وتقدم التعليق علىٰ هذه المسألة.

(٢) قال إمام الحرمين: «ذكر الأئمة أن الصداق لا يثبت فيه الخياران جميعًا، وقد ذكر صاحب التقريب وغيره وجهًا آخر في إثبات الخيار في الصداق وحده، وإن كان لا يثبت في النكاح، كما يجري الرد في الصداق والنكاح بحاله. وهذا منقاس، وقد ذكر الصيدلاني في كتاب الصداق قولين منصوصين في ثبوت الخيار في الصداق».

والمعتمد في المذهب فساد المسمىٰ، يقول الشيرازي: «ثبت في الصداق خيار الرد بالعيب؛ لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فثبت فيه خيار الرد كالعوض في البيع، ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار المجلس لأنه أحد عوضي النكاح فلم يثبت فيه خيار الشرط وخيار المجلس كالبضع، ولأن خيار الشرط وخيار المجلس جُعِلَا لدفع الغبن والصداق لم يبن علىٰ المغابنة، فإن شرط فيه خيار الشرط فقد قال الشافعي ﷺ: يبطل النكاح، فمن أصحابنا من جعله قولًا لأنه أحد عوضي النكاح، فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كالبضع، ومنهم من قال: لا يبطل؛ وهو الصحيح كما لا يبطل إذا جعل المهر خمرًا أو خنزيرًا». ينظر: المهذب، للشيرازي، ٥٧/٢، ونهاية المطلب، ٣٥/٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٢٦٦/٧.

قيمة المِثْل؛ لأنَّ الأمر قد انتهىٰ، والوجوبُ قد استقرَّ، وإنما المطالبة بالفرض في الطعام والبُضْعِ لتوقُّعِ اللزوم بالاستيفاء احتياطًا، ودفعًا للجهالة في حالة يقبلُ العوضَ، والمستهلَكُ لا يقبلُ العوض، وقد أثبت المهر بالفرض عِوَضًا في مقابلة البضع قبل الاستيفاء، وبعد الاستيفاء لا يُتصور ذلك كسائر المستهلكات، والمطالبة بالفرض علىٰ أصلنا أوضحُ؛ فإنها تستفيد به تقريرَ النصف عند الطلاق والخلاص عن جهالة المتعة التي لا تقديرَ فيها، ويرتبط قَدَرُه باجتهاد القاضي، وعندهم المفروض بعد العقد لا يتشطَّرُ ولا يظهرُ أثرُ الفرض عندهم في هذا الحكم.

مَسْأَلَة: إذا طلَّق امرأته قبل المسيس وبعد الخَلوةِ لم يجِبْ عليه إلَّا شَطْرُ الصداق[1]؛ خلافًا له[2]، **والمعتمدُ** قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾/[3]، وهذا طلَّق ٢٥٨/ب

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٥٤٠/٩، ونهاية المطلب، ١٧٨/١٣، والمهذب، للشيرازي، ٤٦٦/٢، والوسيط، ٢٢٦/٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٢٦٣/٧، وهو قول المالكية، إلا أن المالكية حكموا باستحقاق المرأة لكامل المهر إن ادعته وطالت مدة الخلوة. ينظر: التلقين، ص٣٢٣، والكافي في فقه أهل المدينة، ٥٥٨/٢، والمقدمات الممهدات، ٥٤١/١، وعقد الجواهر الثمينة، ٤٧٢/٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، وبداية المبتدي، ص٦٢، والاختيار لتعليل المختار، ١٠٣/٣، والعناية شرح الهداية، ٣٢٢/٣، وهو القول القديم للشافعي، وهو قول الحنابلة. ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٧٨/١٣، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٤٣٧/٢، والهداية، للكلوذاني، ٣٩٦، والمغني، ٣٥٣/٩، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢٨٥/٨.

(٣) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٣٧).

قبل المسيس، فالآية لا تقضي في حقه إلا النِّصفَ، فمِن ألْحَق الخَلْوةَ بالمسيس أو غيَّر مُوجَبَ إطلاق الآية، فعليه الدليلُ.

❊ **فإن قيل:** ألْحق رسول الله ﷺ غيرَ المسيس بالمسيس إذ قال: «**مَنْ كَشَفَ خِمَارًا فَعَلَيْهِ مَهْرُهَا**»(١).

❁ **قلنا:** هذا موضوع لم ينقَلْ عن رسول الله ﷺ، نَعَمْ نُقل عن بعض الصحابة، وقد خالف فيه ابنُ عباس وابنُ مسعودٍ، فلا يثبُتُ الإجماعُ دونهما، ولا حُجَّةَ دونَ الإجماع، وكيف ينقُلون ذلك حديثًا وكَشْفُ الخمار بالإجماع لا يُقَرِّرُ، فإن جُعِلَ كنايةً فهو كنايةٌ عن الجماعِ، قال ابن عباسٍ: لم أرَ الله تعالىٰ ذكَرَ في كتابه إغلاقَ البابِ وإرخاءَ الستر. أي: لم يذكُرْ إلا المسيسَ؛ فالآية حجةٌ.

❊ **فإن قيل:** مسلَّمٌ أن المسيس هو المنصوصُ، ولكِنَّ الخَلوة في معناه، ولأنها تمكينٌ منه، والتمكين من المقرَّر كاستيفاء المقرر في تقرير العِوض؛ بدليل البيع والإجارة(٢).

---

(١) لم أقف على هذا اللفظ بعد طول بحث وتتبع. والذي وقفت عليه هو حديث محمد بن ثوبان، أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «من كشف امرأة فنظر إلى عورتها فقد وجب الصداق». وفي لفظ: «دخل بها أو لم يدخل». أخرجه أبو داود في المراسيل (٢١٤) باب في المهر، ١٨٥، والدارقطني في سننه (٣٨٢٤) باب المهر، ٤/٤٧٣، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤٤٨٧) باب من قال من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب الصداق وما روي في معناه، ٧/٤١٨. وهذا المروي أعلَّه جماعة بالإرسال، بالإضافة إلى ضعف ابن لهيعة في إسناده، ولكن قال الحافظ ابن حجر: «لكن أخرجه أبو داود في المراسيل من طريق ابن ثوبان، ورجاله ثقات». التلخيص الحبير، ٣/٣٩١. وينظر: بيان الوهم والإيهام، ٣/٨١، تنقيح التحقيق، للذهبي، ٢/١٩٩.

(٢) ينظر: المغني، ٧/٢٥٠.

۞ **قلنا**: ولمَ قُلتم: إن التمكين في الإجارة إذ نُزِّلَت منزلةَ الاستيفاء، ففي النكاح ينبغي أن يكون كذلك، ولا مَحيصَ عن هذه المطالبة، فإنَّ ما ذكروه يُبتنىٰ علىٰ أربعة مراتب؛ أحدها: أن يُعْرَفَ أن العوض لِمَ تقرَّرَ بالاستيفاء في الإجارة، ثم يُعْلَمَ أن التمكين شارك الاستيفاء في العلة التي هي مناط الاستيفاء حتىٰ شاركه في الحُكم، ثم يُعْلَمَ أنَّ الوطء لمَ كان مقررًا في النكاح، ثم يُعْلَمَ أن الخَلوةَ تشارك الوطء في العلَّة التي هي مَناطُ التقرير مِن جُملة أوصاف الوطء، وما لمْ يُدْرَكْ هذه الأمورُ الأربعةُ كان إطلاقُ التلفيق تحكُّمًا ورَميًا في عَمايةٍ، فالمطالبة قائمةٌ علىٰ كل رُتبة إلىٰ تمام التقصي.

❊ **فإن قيل**: العلة في تقرير العوض بالاستيفاء أن مَن وفَّىٰ فقد أدَّىٰ ما عليه وخرج عن عُهدته، فاستقر مالُه في مقابلتِه، فإنْ أخذه المستأجر واستوفاه فقد حصل الغَرَضُ، وإن امتنع المستأجر عن استيفائه حتىٰ تجرَّدَتِ التخْلية فلم ينعدِمْ مِن جانب المُكْري ما يتعلَّقُ به، وهو التسليم والتخليةُ، فاستحال أن يمتنع التقرُّرُ الذي هو حقه بفِعْلٍ مِن جهةِ غيرِه بعد أن أدَّىٰ ما في وُسْعِه، فقُرِّرَ حقُّه نظرًا له؛ إذ المناطُ أداء ما في وُسْعِه، فكذلك إذا وُطِئَتْ فقد سَلَّمَتْ وتسلَّمَ الزوجُ، فإن مَكَّنَتْ وامتنع الزوجُ فقد تمَّ ما إليها وبقِيَ ما إليه، وليس فِعْلُه مناطًا لتقرُّر حقِّها، بل هو مناطُ لتقَرُّرِ حقِّه، وهو الرَّجعةُ، فلا جَرَم إذا عُدم امتنع عليه الرجعةُ عند الطلاق ووجبَتِ العدَّةُ؛ لأنها مَشُوبةٌ بحق الله تعالىٰ، فاستقلَّتْ بقرار أحد الحقَّين، وهو المهرُ، واستقلَّ قرارُ المهْرِ بما إليها، وهو التمكين[1].

---

(١) كتب قبالة هذا الموضع في الأصل: «صح العرض بالأصل والحمد لله».

﴿ قلنا: رجع المطلعُ الأول من الكلام إلىٰ أنَّ قرارَ الأُجرة في الإجارة بالاستيفاء مناطُه التخليةُ والتمكينُ الذي هو خاصُّ فِعْلِ المُكْري، وأنَّ فِعْلَ المُكْتري لم يصِحَّ أن يكون مناطًا فلم يؤثِّرْ عدمُه في نفي القرار، وهذا تحكُّمٌ لا فِقْهَ فيه/ إلَّا قولهم: قد بذَل ما في وُسْعِه. فليكن له طريقٌ إلىٰ تقرير حقِّه علىٰ وجهٍ لا يتوقَّفُ علىٰ فِعْلِ غيره. [٢٥٩/أ]

﴿ قلنا: له طريقٌ ولكنه لا يستقِلُّ به، فَلِمَ وَجَبَ أن يكون مستقلًّا به؟ فإن طريقه التسليمُ، والتسليم يصير تسليمًا بالتسلُّمِ، والتسلُّمُ إلىٰ المكتري نَعَمْ له طريق إلىٰ إجباره علىٰ التسلُّمِ بالرفع إلىٰ القاضي، فإنَّ القاضي يُجْبِرُه عليه حتىٰ إذا وجد التسلُّم بإجباره استقرَّ، وهو كزوجة المُولِي لها طريق في الخلاص مُسْتَحَقٌّ، ولكن لا تستقِلُّ به بل ترفع الأمرَ إلىٰ القاضي حتىٰ يطلِّقَ أو يُجْبِرَ الزوجَ علىٰ الطلاق، أمَّا أن يقالَ: إذا استحق الخلاص فينبغي أن يستقِلَّ به ولا يقِفَ علىٰ فِعْلِ الغير؛ فهذا تحكُّمٌ لا طائلَ وراءه.

❊ فإن قيل: فإذا لم يتسلَّمْ وجرىٰ مجردَ التخليةِ، فَلِمَ استقرت الأجرة عندكم؟ وما علَّتُه؟

﴿ قلنا: لعلَّةٍ أُخرىٰ لا يلزَمُنا إبداؤها في الجدال؛ بل نقصرُ نَظَرَنا علىٰ إبطال كلِّ علَّة متعدِّية ذكرتموها حتىٰ يبقىٰ لنا الاعتصامُ بالآية، وهذا كافٍ في الجدال، ولكنَّا نذكر ما نعتقده علةً بطريق الإرشاد تبرُّعًا لا لزومًا[1].

---

(١) وجب التنبيه هنا أن مذهب الحنفية ومن وافقهم لا يخلو عن الاستدلال بنصوص القرآن لا كما أوهم كلام المصنف ﷺ، وحجتهم من القرآن قوله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ...﴾ [النساء: ٢٠، ٢١]. =

فنقولُ: قرارُ العِوَضِ عبارةٌ تُطلق فلا يمكن معرفةُ علته بل ينبغي أن يردَّ إلىٰ ثمرته وحُكْمه حتىٰ تُعْرَفَ علتُه، ومعناه: أن العينَ إذا فاتت في يد البائع أو المنفعةَ إذا فاتت في يد المُكْري فتنقطعُ المطالبةُ بالأجرة والثمن، وأنَّه إذا خرج مِن يدهما بحُكْم العقدِ فقد فات عليهما بحكم العقدِ، فلا بُدَّ وأن يفوتَ العِوَضُ علىٰ الثاني بحُكم العقد، وهو بأن يُسَلَّمَ لمن فُوِّت عليه بحكم العقد، فيُعَبَّرُ عنه بالقرار، وهذا لأنَّ مبنىٰ العقد علىٰ التقابل، فالمِلْكُ في مقابلة الملك، والمطالبةُ في مقابلة المطالبةِ، والفوات في مقابلة الفوات؛ أعني: فوات الملك عن العوض قرارًا في مقابلة فوات المبيع في حق البائع بحُكم العقدِ وموجَبِه.

فقلنا: إن أمسك المُكْري الدار المكراة حتىٰ فاتت المنافعُ تحتَ يده

= ووجه الاستدلال من الآية: أن الله تعالىٰ نهىٰ الزوج عن أخذ شيء مما ساق إليها من المهر عند الطلاق، وأبان عن معنىٰ النهي لوجود الإفضاء، وهو الخلوة كما فسره بذلك الفراء، قال: «الإفضاء أن يخلو بها وإن لم يجامعها»، وقول الفراء حجة.

وقد يرد علىٰ ذلك: بأن المراد بالإفضاء هنا الجماع، وهو قول ابن عباس ومجاهد والسدي وأغلب المفسرين.

ويجاب عن ذلك: بأن الإفضاء في اللغة هو الوصول إلىٰ الشي بغير حاجز، مأخوذ من الفضاء من الأرض وهو الموضع الذي لا بناء فيه ولا حاجز يمنع من إدراك ما فيه، ويدل عليه أنه أضاف الإفضاء لكل واحد من الزوجين، فثبت أنه من كل واحد منهما نحو الذي من الآخر، وذلك يكون في الاجتماع خاصة لا الجماع.

ويبقىٰ أن دلالته غير ظاهرة، وأن الاحتمال يتطرق إليه، ولكن المراد هنا هو تقرير استدلال الحنفية من القرآن لا الانتصار له.

ينظر: معاني القرآن، للفراء، ١/٢٥٩، وتفسير الطبري، ٨/١٢٥، وتهذيب اللغة، ١٢/٥٤، وأحكام القرآن، للجصاص، ٢/١٤٨، وتفسير الماتريدي، ٢/١٩٩، وتفسير الثعلبي، ٣/٢٧٧، وأحكام القرآن، لابن العربي، ١/٣٨٧.

أو باستيفائه وسكونه، فيَدُه يدُ ضمانٍ، ولا بُدَّ وأن يكون مضمونًا؛ لأنها كانت قبل العقد لو تلِفَتْ تَلِفَتْ مِن ضمانه، والآن لم يَجْرِ منه وفاءٌ بموجَبِ العقد حتىٰ يتحوَّلَ الضمانُ، فإذا تلفت كانت من ضمانه، واحتمل أن يضمنَه بالثمَنِ والقيمة، فرأىٰ الشرعُ ضمانَه بالثمن أَوْلىٰ؛ لأنها قيمة مفروضة مقدَّرةٌ بالتراضي منهما، فظهر أثرُه في حقهما، فكان الرجوع إليه أَوْلىٰ من الرجوع إلىٰ القيمة؛ استصحابًا للسابق قبل العقد، فإنه لم يَطْرَأْ بالعقد ما يقطَعُ يدَ الضمان؛ إذ اليد مستمرَّةٌ ولم يجْرِ وفاءٌ بالعقد لإزالة اليد، فإذا سَلَّمَ المبيعَ أو الدار المستأجرةَ حتىٰ فاتت تحت اليدِ فهو مِن ضمانه لا من ضمان العاقد، فإنه قَطَعَ اليدَ السابقة بموجَبِ العقد وحُكْمِه؛ إذ أوجب عليه العقدُ رَفْعَ اليد، فانقاد لموجب العقد، فإذا مَكَّنَ المستأجرَ منه/ ورفع عنه اليد [٢٥٩/ب] وفارق الدار وخرج منها، فقد رفع اليدَ بحُكم العقد، ففات في حقه بسبب العقد، فلا بُدَّ وأن يَسْلَمَ مقابِلُه له بحكم العقد، ويفوتَ علىٰ صاحبِه، فإنَّ التسلُّمَ إذا جرىٰ فهو فواتٌ في حقه وحصولٌ في حق المتسلِّم، وإذا جرىٰ التسليمُ دونَ التسلُّمِ فقد حصل الفواتُ في حقه ولم يتحقَّقِ الحصولُ لصاحبه بسبب امتناعِه، وإنما المقابل في حقِّه وَجَبَ لجَبْرِ ما فاته بحكم الوفاء بالعقد، وقد تحقَّقَ الفَواتُ أخَذَه المستأجرُ أو امتَنع، ولذلك إذا وُطِئَتِ المرأة فقد فاتها منافعُ البُضْعِ ووَقَعَ النُّقْصانُ أو الفواتُ وقوعًا لا تَدارُكَ له، فيفوتُ المهْرُ علىٰ الزوج فواتًا لا تدارُكَ له؛ جبرًا لها، فإذا جرت الخَلوة فالبضع لا يفوتُ بالخَلْوة، ولا يخرج عن اليد، ولا يتحقَّقُ النقصانُ بالتعطُّلِ، فمهما انفسخ النكاح بعد الخَلوة فقد عاد البُضْعُ إليها كما كان، فيعود المهر إلىٰ الزوج كما كان، ومهما فاتت المنافعُ بانقضاء المدَّةِ فلم تعُدِ المنفعة إلىٰ المُكْرِي كما كان، فلا تعود الأجرةُ إلىٰ المستأجِرِ كما

كان، وهذا في نهاية القوَّةِ لمن أحسن تقديرَه وخَرَّجَ أطراف الأحكام في المسائل عليه، ورجع حاصلُ الكلام إلىٰ أن التمكينَ في حق المكري تفويتٌ كالتسليم لا يُفرَّقُ بالإضافة إليه، ويفرَّقُ بالإضافة إلىٰ المستأجر في الحصول، وأما التمكين ليس[1] تفويتًا في حقِّ المرأة كالوطء فافتَرقا، وهو قاطع في فنِّه[2]، ولذلك فُرِّقَ في النكاح الفاسد بين الخَلْوة والوطء؛ فإن

---

(١) كذا في الأصل، والجادة: «فليس»، وتقدم التعليق علىٰ هذه المسألة.

(٢) وكل ما ذكره المصنف مع اتجاهه وقوته إلا أنه غير قاطع في التفريق بين الإجارة والنكاح من حيث تسليم المنفعة أو العين، واستحقاق الأجرة علىٰ الأول والمهر علىٰ الثاني مقابل هذا التسليم، وأكبر دليل علىٰ عدم قطعيته تردد قول الإمام الشافعي فيه بين القديم والجديد، وميل إمام الحرمين للقديم حيث قال: «ومن أصحابنا من قطع بأن الخلوة لا تقرر المهر، ولا توجب العدة، وزعم أن الشافعي تردد قوله في القديم في أن الخلوة إذا جرت، وادعت المرأة الوطء فيها، وأنكر الزوج؛ فمن المصدق؟ فعلىٰ قولين؛ أحدهما: أن المصدق الزوج؛ فإن الأصل عدم الوطء. والثاني: القول قول المرأة مع يمينها، فإن الظاهر جريان الوطء في الخلوة، فإن أنكر منكر هذا، قلنا له: الخلوة في ادعاء الوطء كاليد في ادعاء الملك. والعلم عند الله تعالىٰ»، هذا من جهة النقل عن أئمة المذهب، أما من جهة المعقول، لأن المهر متىٰ صار ملكًا لها بنفس العقد، فالملك الثابت لإنسان لا يجوز أن يزول إلا بإزالة المالك أو بعجزه عن الانتفاع بالمملوك حقيقة إما لمعنىٰ يرجع إلىٰ المالك أو لمعنىٰ يرجع إلىٰ المحل، ولم يوجد شيء من ذلك؛ فلا يزول إلا عند الطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة سقط النصف بإسقاط الشرع غير معقول المعنىٰ إلا بالطلاق؛ لأن الطلاق فعل الزوج، والمهر ملكها، والإنسان لا يملك إسقاط حق الغير عن نفسه؛ ولأنها سلمت المبدل إلىٰ زوجها فيجب علىٰ زوجها تسليم البدل إليها كما في البيع والإجارة، والدليل علىٰ أنها سلمت المبدل أن المبدل هو ما يستوفىٰ بالوطء وهو المنافع؛ إلا أن المنافع قبل الاستيفاء معدومة، فلا يتصور تسليمها لكن لها محل موجود وهو العين، وأنها متصور التسليم حقيقة فيقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة كما في الإجارة، وقد وجد تسليم المحل؛ لأن التسليم هو جعل الشيء سالمًا للمسلم إليه، وذلك برفع الموانع وقد وجد. =

الوطء فواتٌ، ولا فواتَ في الخَلوة، ولما كان دَمُ من عليه القصاص يفوتُ باستيفاء القصاص، ولا يفوتُ بالتمكين، لم يُنَزِّلِ التمكينُ في إسقاط المطالبةِ منزلةَ الاستيفاء، حتىٰ لو مكَّن فلم يستوف فمات، رجع إلىٰ الدية في تركَتِه عندنا، ويتأيَّدُ مَساقُ الكلام بأمرين:

أحدهما: أن التمكين لما كان كالاستيفاء في الإجارة في تقرير الأجرة ابتَنىٰ علىٰ حق المستأجر أيضًا، وهو التسلُّط علىٰ التصرفات، وها هنا لم يَبْتَنِ حَقُّ الزوج وهو الرجعة، وهو دليلٌ واضح علىٰ الفرق.

والثاني: أنَّ المقصود في الأموال القدرةُ والتمكن من التصرفِ عَقْدًا وفِعْلًا؛ علىٰ حسَبِ الإرادة، وذلك يحصل بمجرَّدِ التمكين، وها هنا المقصود قضاءُ الوطَرِ ولم يحصُلْ، كيف والتمكُّنُ أيضًا من قضاء الوطر غيرُ معلومٍ؟ فقد يكون في حالةِ فُتُورٍ والتمكُّنُ ثَمَّ مقطوعٌ به، وها هنا مشكوكٌ يُعرف يقينُه بالتحقيق ولا يتبيَّنُ قبلَه، فكيف يكون في معناه؟!

❊ **فإن قيل:** عِماد الكلام أن التخليةَ رَفْعٌ لليد، والمنافِعُ لا تدخل عندنا تحت اليد حتىٰ يُرْفَعَ عنها كما لا يدخُلُ البُضْعُ تحته.

❁ **قلنا:** وعندنا تدخُلُ تحت اليد، والمسألة تُبْتنىٰ عليها، وقد استقصيناها في موضعِها، ولا سبيلَ إلىٰ إنكار الفرق بين ما يُعقل من نقصانٍ عند مُضيِّ المدة في الإجارة وبينَ ما يحصل في لحظةٍ في النكاح، وهو مستنَدُ تِيكَ

= وقد ذكر ابن عقيل وجهًا آخر لثبوت المهر بالخلوة، وهو أن طلاقها بعد الخلوة بها، وردها زهدًا منه فيها: فيه ابتذال لها وكسر. فوجب جبره بالمهر، وهو غير مسلم هنا، ومحل الكثير من الإيرادات، والمسلك الأول أسلم. ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٢٩٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٣/١٧٨، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٨/٢٨٥.

المسألة وهذه.

[٢٦٠/أ] ❊ **فإن قيل:** فهلَّا اكتفيتم بالتخلية في المبيع لنقل الضمان/ إذا كان المبيع منقولًا!

۞ **قلنا:** قد يُكْتَفىٰ به؛ وهو قَوْلٌ للشافعيِّ، وهو الظاهرُ في نَقْلِ الضمان، وإنما اشتهارُ الخلاف في تسلُّطِ المشتري علىٰ التصرف دون النقلِ، وفي هذا لا نفرِّقُ بين الإجارة والبيع؛ بل نقول: إن كان المستأجَرُ منقولًا فلا بُدَّ من النقل أيضًا، ولا يَكْفي مجرَّدُ التخلية، ثم لا يُشترط نَقْلًا يتعاطاه المشتري والمستأجِرُ بنفسه؛ بل لو وضَعه للبائع أو المكري بين يديه أو في حَجْرِه أو في دارِه، وقع الاكتفاءُ به؛ لأنَّا نتخيَّلُ أن المنقول لا ينقطِعُ عنه يدُه ما لم يُرْفَعْ من الموضع الذي هو فيه تحتَ يدِه إلىٰ موضعٍ له تعلُّقٌ بالمشتري، نعم إن كان عقارًا فيكفي الخروجُ منه في انقطاعِ يدِه عنه.

❊ **فإن قيل:** إذا وُضِعَ بين يديه أو خُلِّي بينه وبينه، فلا يخرُجُ بهذا القَدَرِ عَن يده؛ لأنه لا يثبُتُ بهذا القَدَرِ يَدُ المالكِ الموضوعِ بين يديه، ولو وُضِعَ بينَ يدَي أجنبيٍّ لم تنقطعْ يدُه، ولا تَبتَ يَدُ الأجنبيِّ عليه.

۞ **قلنا:** أما الواضع فقد انقطع يدُه عنه، ولو وضعه بين يدي أجنبيٍّ، فقد نقولُ: تَبتَ يدُ الأجنبي عليه وكان وديعةً عنده من جهتِه؛ إن كان الواضعُ مالكًا، وهو تفريعٌ علىٰ أنَّا لا نشترط في الوديعة قَبولَ المودَعِ وإنْ لم يكُنْ مالكًا فقد خرَج من يدِه ولم يثبُتْ يدُ ذلك الآخَرِ، فلو تَلِفَ كان من ضمان الواضع؛ لترجُّحِ جانبه بوجود الفعل منه، فأما إذا وضَعه البائع بينَ يدي المشتري، فقد انقطَع يدُه قطعًا، وقد نقولُ: دخل تحت يده حُكْمًا حتىٰ

يتسلَّطَ علىٰ التصرفِ علىٰ رأيٍ؛ لأن قُدْرتَهما حِسًّا عليه علىٰ التساوي، وترجَّحَ جانبُ المالك بالملك والقدرة الشرعية، واليدُ عبارة عن القدرة، فكانت الإضافةُ إليه أَوْلىٰ.

أو نقولُ علىٰ رأيٍ: انقطَعَ يدُ البائع ولم تثبُتْ يدُ المشتري؛ فهذا مالٌ لا يَدَ عليه لأحدٍ، فإن تَلِفَ لم يكُنْ مِن ضمان البائع؛ لأنه لا يَدَ له، وهو مِلْكُ المشتري فقد تلِفَ ملْكُه ولا ضمانَ له علىٰ الغير.

وكلُّ واحد من المسلكين معقولٌ، ورجَع الكلام إلىٰ أنَّ رَفْعَ اليد بحكم العقد فواتٌ في حقِّ رافعِ اليدِ عُرْفًا وشرعًا، ورفْعُ اليدِ في البضع لا يُعَدُّ فواتًا ونُقصانًا لا عرفًا ولا شرعًا.

❊ **فإن قيل**: إن أثبتم اليدَ علىٰ المنافع فإنما تُثْبتونه بطريق إثبات اليد علىٰ العين المتنفَعِ بها، وذلك يجري إذا كان العينُ مالًا، فلو آجَرَ المرءُ نفسه وسلَّم نفسَه، فلم يستعملْه المستأجرُ استقَرَّتْ أجرته ولم تنطقع يدُ الحُرِّ عن منفعته، ولا ثَبَتَتْ يدُ المستأجِرِ عليه.

۞ **قلنا**: قد نقولُ تثبُتُ اليدُ علىٰ منافع الحرِّ بإثبات اليد عليه حتىٰ لو حَبَسَ حرًّا، وعطَّلَ منافعه، غَرِمَ الأجرةَ، فعلىٰ هذا لا يلزَمُ؛ فإنه لو حَبَسَ حُرَّةً مدَّةً لم يضمْنَ منافِعَ بُضْعِها، وإن سلَّمْنا فالسبب فيه أن المُكْريَ نَفْسَه قد فاتته المنفعةُ بالتعطُّلِ، والتعطلُ بتسليم النفسِ، والتسليمُ حكم العقدِ، فكان الفواتُ بحكم العقد، وهذا يُغْنينا عن البناء علىٰ ثبوت اليد علىٰ المنافع وانتفائه؛ لأن الفواتَ بحكم العقد مناسبٌ للجَبْرِ بحُكْمِ العقد؛ وهو المعنيُّ بقرار العوض حتىٰ نقولَ: علىٰ مذاقِه: الحُرُّ المسلِّمُ نفسَه لو كان

[٢٦٠/ب] يستوفي منفعةَ نفسِه في حالة التسليم والتمكين/ بخياطةٍ أو غيرِه لم يتقرَّرْ أجرتُه؛ لأنه لم تُفُتْ منفعته بحكم العقد؛ بل إحالة الفوات علىٰ استيفائه أَوْلىٰ من إحالته علىٰ ترك المستأجر استعمالَه، وهذه دقائقُ لا تُدْرَكُ إلا بجِدِّ التأمُّلِ.

❊ **فإن قيل:** لم يتقرَّرِ المهر عند موت الزوجِ، وقد عاد البُضْعُ إليها كما كان كما في حالة الانفساخ.

❁ **قلنا:** هذا أمرٌ لا يلزمُنا تعليلُه؛ فإنه لم يؤخذ من قياس الوطء حتىٰ يجبَ دَفْعُه عن القاعدة المذكورة في الوطء، ولعلَّ السبب فيه أن العقد قد تمَّ بانتهائه نهايتَه، ولا مُسْقِطَ للعوضِ، فبقي ما كان لانتفاء المسقطِ لا لوجود المقرِّرِ، ويدل علىٰ الانتهاء ثبوتُ الميراث، ولو انقطع النكاح لَمَا ثَبَتَ ميراثُ الزوجية.

❊ **فإن قيل:** فعند الطلاق لِمَ تستحِقّث النصف وقد عاد إليها البُضع كما كان؟

❁ **قلنا:** وهذا أيضًا لا يلزمنا تعليلُه، ولعل السببَ أنها صارت مبتَذَلة بالعقدِ مستوحشةٌ بالفراق، فوجب ذلك القدرُ إمتاعًا وجَبْرًا، فإن كان من مفروض فالأقربُ النصفُ، وإلا فما يراه القاضي باجتهاده بشرط أن يكونَ دون نصفِ مهر المِثْلِ، وذلك عندنا يجري في كل فسخٍ لا يستند إلىٰ المرأة كالحاصل بإرضاع الأجنبية علىٰ رأيٍ، ويختص بما يستند إلىٰ الرجل ولا يستند إلىٰ المرأة كرِدَّتِه؛ فإنها مُشطِّرةٌ عندنا، ومأخذُه ما سبق، والحاصل أن المطلقة بعد الخَلوة عاد البضع إليها كما كان من غير نقصانٍ، فلا تستحقُّ

إلا ما تستحقُّ عند الطلاق قبلَ الخَلوة.

❊ فإن قيل: إذا وطئت مرةً واحدة فطلِّقَتْ، لم تستحقَّ كلَّ المهر ولم يفُتْها كلُّ البضع.

❁ قلنا: لأن التوزيع عسيرٌ، والتعطيلُ إضرارٌ، فالتكميل ضرورةٌ، أو لأن فوات البضع بوجود صورةِ الوطء، وأما العَوْدُ فلا يَزيدُ نقصانًا، بل هو في حكم التكرار كالإيلاجات في وطئة واحدةٍ؛ لأن الوطءَ لا يَنقُصُ شيئًا محسوسًا، وإنما هو نقصانٌ معنويٌّ معقولٌ يحصل بكماله بالمرَّةِ الواحدة، ولا يَزيدُ بالتَّكرار من الشخص الواحد كما لا يزيدُ بعدَدِ الإيلاجات، والعُرف شاهد له، ووردُ الشرع بتقديره؛ إذ أوجب كمالَ مَهْرِ المثل بوطئة واحدةٍ في النكاح الفاسد، ولم يحكُمْ بزيادةٍ وإن تكرَّر ألفًا ما دامت الشُّبْهةُ متحدةً.



❊ مَسْأَلَة: إذا وهبت الصداقَ من الزوج فطلَّقَها قبل المسيس، رَجَعَ عليها بقيمة نِصفِ الصداق؛ كما يرجعُ إذا وهَبَتْ مِن أجنبيٍّ، وبَقِيَ في يد الأجنبيِّ، أو وَهَب ذلك الأجنبيُّ من الزوج، وكما لو وهبَتْ مِن عبد الزوج(١)، وقال أبو حنيفةَ: لا يرجعُ إلىٰ القيمة(٢).

(١) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٣/٢٧١، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٩/٤٣٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٧/٣١٦، وكفاية الأخيار حل غاية الاختصار، ص٣٧٢، وهو قول مالك ورواية عن الإمام أحمد، وهو المقدم في مذهبه. ينظر: المدونة، ٢/١٥٤، والكافي في فقه أهل المدينة، ٢/٥٥٥، والهداية، للكلوذاني، ص٤٠٥، واالمبدع، ٧/١٥٩، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٣/٢٠.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٦/٦٤، وبدائع الصنائع، ٢/٢٩٦، والهداية شرح بداية=

وهو قولٌ ثانٍ[(١)]، والخصم هو الذي يدَّعي كَوْنَ الهبة من الزوج مانعًا في الرجوع؛ فهو المطالَبُ بالدليل، ولكِنَّا لرَسْمِ الابتداء نقولُ: قال تعالىٰ: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[(٢)]؛ أثبت الرجوعَ إلىٰ النصف إن أمكَنَ، وأجمعت الأُمَّةُ علىٰ أنه إن لم يمكِنْ رَجَعَ إلىٰ القيمة، وها هنا غيرُ ممكنٍ كما لوعاد إليه بهِبَتِها مِن عبدِه أو من أجنبيٍّ، واتِّهابِ الزوج من الأجنبي.

٢٦١/أ

❊ فإن قيل: إنما يُعْدَلُ إلىٰ القيمة عند فَقْدِ/ العين، وعَيْنُ الصداق قائمةٌ في يدِه، فليتعلَّقْ به ولْيُمْسِكْه عن جِهَة الصداق.

فإنَّا نقولُ: كانت الهبةُ موقوفةً، فإن سَلِم العاقبةُ عن الطلاق سَلِمَ ما قرَّرْناه مِن هِبَةٍ، وإن طلَّق انصرف إلىٰ جهة الصداق كالزكاة تُعَجَّلُ قبل مضيِّ الحَوْلِ، فيحكم بوقوعه عن الزكاة علىٰ غرر سلامة عاقبة النصاب، فإن سَلِمَ تبينَّا أن ما حكمنا به استمرَّ وسلِمَتْ عاقبتُه، وإن لم يسْلَمْ حَكَمْنا بانصرافه إلىٰ جهة الصدقةِ والتطوُّعِ، ولا يلزمُ علىٰ هذا ما لو وجد عينَ الصداقِ في يدِ الأجنبيِّ هبةً أو بيعًا؛ لأنَّ عَقْدَ الأجنبي يقتضي له دَوامَ

= المبتدي، ١/٢٠٧، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/١٤٧، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٣/١٦٩، وهو رواية عن الإمام أحمد. ينظر: الهداية، للكلوذاني، ص٤٠٥.

(١) وهو القول القديم والراجح عند البغوي، قال النووي: «وهبت لزوجها الصداق المعين، فطلقها قبل الدخول، فقولان؛ أحدهما وهو القديم وأحد قولي الجديد والراجح [عند البغوي]: أنه لا يرجع عليها بشيء.
والثاني: وهو الأظهر عند الجمهور، منهم العراقيون، والإمام، والروياني: يرجع بنصف بدله المثل أو القيمة. وقيل: إن وهبته قبل القبض، لم يرجع قطعًا. والمذهب طرد القولين، سواء قبضته أم لا». ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ٧/٣١٦.

(٢) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٣٧).

الملك، وعقْدُ النكاحِ يقتضي للزوج التعلُّقَ به، فتناقَضَ موجَبُ العقدين، وليس الأجنبيُّ مؤاخَذًا بموجَبات النكاحِ؛ إذ لا مَدْخلَ له فيه، والزوج مؤاخَذٌ بعقد الأجنبي لابتنائه علىٰ عَقْدِ المرأة، وابتناءُ عَقْدِ المرأة علىٰ مِلْكٍ سَلَّطها الزوجُ عليه، فرجح جانب الأجنبي في حق الزوج، ورد حق الزوج إلىٰ القيمة للعجز، ثم لا يتغيَّرُ هذا بأنْ يَهَبَ الأجنبيُّ مِن الزوج؛ لأنه لو صُرف إلىٰ الصداقِ لكان نقضًا لهبة الأجنبي؛ كما لوا أخذه من الأجنبي؛ إذ ملكُه مُتلَقًّىٰ من الأجنبي، فعقدُ الأجنبي اقتضىٰ دوامَ الهبة، وعَقْدُ النكاح اقتضىٰ زوالَه، فلم نُحْبِطْ حقَّ الأجنبي وقَرَّرْنا هبته، ولم نَصْرِفْه إلىٰ غيره، ولم يلزمْ عليه ما إذا وهبت من عبد الزوج؛ لأن العبدَ أصلٌ في الاتِّهاب، والسببُ يقوم في حقِّه وينقلب إلىٰ السيد بطريق التلقِّي منه؛ لكون الرقِّ واقعًا كما ينقلب إليه المالُ الذي يخالع العبدُ عليه زوجتَه، والمال الذي يكتسبه بالاحتطاب وغيره، فالملك المأخوذُ من العبد لا ينقضُ؛ كالملك المأخوذ من الأجنبي، ولا يلزم ما إذا وجده في يد الزوج بشرائه من الزوجة ولو بمحاباةٍ؛ فإنه مهما لم يحصُلْ عليه إلا بعد النزول عن عوضٍ فكأنه لم يحصلْ علىٰ شيء جديد، وكأنَّ ماليَّةَ العِوَضِ مستمرةٌ لم تنقطِعْ[1]، ولا يلزمُ ما إذا كان قد تلف في يد الزوج قبل الطلاق وبعد الهبة؛ فإنا نحكم بانصرافه إلىٰ جهة الصداق مع هلاكه؛ لأن ذلك استَنَد إلىٰ سببٍ سبق علىٰ الإتلاف وبطريق التوقُّفِ في الابتداء، فكان كالزكاة المعَجَّلةِ يستهلكها

---

(١) قوله: «تنقطع» نُقِطَ الحرفُ الأول منه في الأصل بالياء والتاء، وكلا الوجهين هنا جائز؛ فالياء علىٰ أن الفاعل عائد إلىٰ مذكر وهو «العوض»، والتاء علىٰ أن الفاعل عائد إلىٰ مؤنث، وهو «المالية».

المسكينُ، ونحن بعد الاستهلاك على التوقُّفِ، فإن سلم النصاب استمَرَّ الحكمُ الأولُ، وإن لم يسلَمْ انعطفنا وصرفنا ما سبق إلى جهة الصدقة إن أجازها مُخْرِجُ الزكاة، وإلا فقد يرجع إلى القيمة على أصل الشافعيِّ؛ إذا صدَّقَه المسكينُ الآخذ في كونِه معجَّلًا، ولا يلزم ما إذا أصدقها مَكيلًا أو موزونًا، ثمَّ عَيَّنَ ما شاء بالتسليم فوهبت منه؛ فإن الزوج لم يصادِفْ عَيْنًا لو قام في يدِ الزوج لتعيَّنَ حقُّه فيها؛ فإنه لو طلَّقَها قبل الهبة فلا يتعيَّنُ حقُّه فيما سلم؛ لأنَّ الصَّداقَ وَرَدَ على الذمة، فثبت له الرجوع إلى مثلِه؛ هذا في ذوات الأمثال، فإن كان ثوبًا فيرجعُ إلى عينِ ذلك الثوب إذا كان قائمًا، لا جَرَمَ نقولُ/: لو وهب الثوبَ من الزوج ثم طلَّق انصرف عينُ الثوب إلى [٢٦١/ب] جهة الصداق، وامتنع الرجوع إلى القيمة، فهذا وجهُ التلفيق بين المتناقِضات، ومن نصَرَ قَوْلًا على قولٍ فقد يستغني عن معظم هذه المسائل.

۞ قلنا: ما ذكرتموه من أن الإصداقَ تقتضي التعلُّق بالعين إذا وجده عن جهة الصداق؛ يُعارضه أن الاتِّهاب يقتضي الإمسَاك عن جهة الهبة، وإذا تعارض الأمران فهذا يوجب توقُّفًا، فما مأخذ ترجيحِ الصداق على الهبة؟ وأما الزكاة إذا عجَّلَه عن جهة الفرض وهلك النصابُ عَسُرَ من كل وجه صَرْفُه إلى جهة الفرض، فتعيَّنَ الرجوع إلى القيمة أو جَعْلُه صدقةً عند رضاه، وها هنا لم تتعيَّنْ جهةُ الصداق، فهلَّا دام عن جهة الهبة كما دامت عن هبة الأجنبي إذا كان قد اتَّهبه عن الأجنبي! فإن زعموا أن جانبَ الأجنبيِّ مرجَّحٌ؛ إذ لا يؤاخَذُ بعُهْدةِ النكاح، وهما مؤاخَذان بعهدة كلِّ عَقْدٍ جَرى بينهما، وإنما ترجيح الصداق ها هنا نظرًا لجانبِ المرأة وترجيحًا

لها، فإنَّ الزوجَ إذا خسر مالًا أثبت الشرعُ لها عند الطلاق الرجوعَ إلىٰ نصفٍ، ومَهْما عاد بالهبة مجانًا إليه فلم يخسَرْ شيئًا حتىٰ يطالِبَ بالقيمة، ولو طلب بالقيمة لعُدَّ ذلك بَخْسًا في حقِّها؛ إذ لم يَسْلَمْ لها بالنكاح شيءٌ، فكيف تَغْرَمُ شيئًا، فقد ترجَّحَ جانبُها علىٰ جانبِه، وكِلا العقدين ـ أعني: النكاحَ والهبةَ ـ صَدَرَ منهما، فهما في حقِّ العقدين علىٰ التساوي من غير ترجيحٍ، ويدل علىٰ هذا الترجيحِ امتناعُ طلبِ القيمة إذا صدَّقَ[1] الصَداقَ بالإبراء، وإن كان للإبراء حُكْمُ الاستيفاء، ولكن لما لم يخسرِ الزوج شيئًا كان كمن لم يُصَدِّقْ، فكذلك إذا عاد إليه بالهبة.

❁ قلنا: هذا الترجيح باطلٌ بما إذا وهبت من الزوج مثلَ ذلك المال أو أضعافَه؛ فإنها مطالَبَةٌ بقيمة الصداق، ولا رجوع لها فيما وهبت، ويبطُلُ بصورة المكيل والموزون؛ فإنَّ الخسران قد اندفع به، وعُذْرُهم بطَلَ بالثياب، وإنما ذكرنا المتناقضات[2]، وغايةُ عذرهم عنها الاستمداد منها.

ثم الجوابُ: أن المرأةَ إذا قبضت الصداق ووهبت من الزوج فقد قطعت حُكمَ الصداق عن العين، وملَّكَتْه تمليكًا جديدًا، واستفادت به المنَّةَ، واعتاضت عنه، فكأنها استوفت واستبقت لزوجها لما أن استوفىٰ عِوَضَها؛ لأن العِوَضَ عندكم في مقابلة المعوَّضِ، والمنَّةُ مِن المقاصد التي شُرِعَتْ الهبةُ لأجله[3]، قال رسولُ الله ﷺ: ....

---

(١) كتب قبالتها في الهامش: «أي: أعطىٰ».

(٢) قوله: «وإنما ذكرنا المتناقضات» الظاهر أنه مُقْحمٌ في النص، وكتب أسفله في الأصل: «كذا في الأصل».

(٣) كذا في الأصل، والجادة أن يقول: «لأجلها» لعود الضمير علىٰ «المقاصد»، وهي جمع،=

«تَهَابُّوا تَحَابُّوا»[1].

⁂ فإن قيل: هي مردَّدةٌ بينَ إحباط المنَّة في حقِّها وبين إحباط القيمة، والنظر لها يقتضي تقديمَ المال على المنة، ولذلك لا يعتاض الوليُّ المنةَ عن مال الطفل؛ فإنه بَخْسٌ به، فلم يقَعِ الترجيح بهذا.

۞ قلنا: فإذا باعت بالمحاباة فهي مردَّدة بين ردِّ الثمن النَّزْرِ وبين أن تغرَمَ قيمةَ الصداق مع كثرته، والنظرُ لها في التقليل كما في حق الطفل في

= والمثبت من باب الحمل على المعنى بإفراد الجمع، حمل «المقاصد» على لفظ مفرده، وهو «المقصد»، وتجد مثل ذلك في تخريج النووي لحديث مسلم (١٩٢)، وهو قوله ﷺ: «فأحمدُهُ بمحامِدَ لا أَقْدِرُ عليه الآن، يُلْهمنيه الله»، «عليه»، أي: على الحمد؛ وكذلك تخريجُ ابن حجر لحديث البخاري (٢١٥٥)، وهو قولُهُ ﷺ: «ما بالُ أُناسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ الله!»، وهذا لفظ البخاري، والمراد: ليس شرطٌ منها في كتاب الله، انظر: شرح النووي على مسلم، ٦٢/٣، وفتح الباري، ٥٥١/١، وعقود الزبرجد، ١٢١/١. وانظر في الحمل على المعنى بإفراد الجمع: الخصائص لابن جنّي، ٢٣٦/١ - ٢٣٧، ٤١٩/٢ - ٤٢٠، ٣١٤/٣ - ٣١٥، والإنصاف لابن الأنباري، ٥١٠/٢ - ٥١١.

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب حسن الخلق، باب ما جاء في المهاجرة، (٣٣٦٨) مرسلًا من حديث عطاء بن عبد الله الخراساني عن النبي ﷺ بلفظ: «تَصَافَحُوا يَذْهَبْ الغِلُّ، وَتَهَادُوا تَحَابُّوا، وَتَذْهَبِ الشَّحْنَاءُ». وأخرجه متصلًا البخاري في الأدب المفرد، (٥٩٤)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الهبات، باب التحريض على الهبة والهدية، ١٦٩/٦، وابن عدي في الكامل، ١٦٦/٥ من حديث أبي هريرة ﷺ، وأخرجه الحاكم في معرفة علوم الحديث، ص١٣٥ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ، والطبراني في المعجم الأوسط، (٧٢٤٠) من حديث عائشة ﷺ بلفظ: «تَهَادُوا تَحَابُّوا، وَهَاجِرُوا تُورِثُوا أَوْلَادَكُمْ مَجْدًا، وَأَقِيلُوا الكِرَامَ عَثَرَاتِهِمْ». وقال العراقي في حديث أبي هريرة: «سند جيد»، وحسنه الألباني. ينظر: البدر المنير، ١١٨/٧، والمغني عن حمل الأسفار، ص٤٧٨، إرواء الغليل، ٤٤/٦.

البيع بالمحاباة/ ، فليرجَّحْ نَقْضٌ على البيع ، وليقدَّمِ الصداقُ . [٢٦٢/أ]

❊ **فإن قالوا:** امتنعنا عن نقضِ البيع لحق الزوج ؛ فإنه بَذَلَ عوضًا فلا ينقضُ بيعُه.

❁ **قلنا:** وفي الهبة ينبغي أن يُرْعىٰ جانبُه ، فإنه اتَّهَبه مجَّانًا وتقلَّد بها منَّةً ، فَلِمَ يستحقُّ أن يُنقض عليه فائدته وملكُه بعد أن تقلَّدَ المنَّةَ ؟ فليرجحْ جانبُه ، وأمَّا الإبراءُ فلا نُسَلِّمُ ففيه مَنعٌ علىٰ هذا القول ، وإن سلَّمْنا فلا مدخَلَ للزوج في الإبراء حتىٰ يُرْعىٰ جانبه في تقرير الإبراء ؛ فإنه إسقاطٌ ، ولهذا تستقل المرأة به دون قبوله ؛ بخلاف الهبة ، فإنها تفيد الملكَ بقبوله ، ويتقلد المنَّةُ بسببه ، وقد يتعرض لوجوب الثواب علىٰ أصلِهم ، وعلىٰ رأيٍ لنا عند إطلاق الهبة ، والإبراءُ بالاتفاق لا يقتضي مطلقُه ثوابًا ولا تقلُّدَ منَّةٍ ، ولذلك لا يتطرَّقُ الرجوع إلىٰ الإبراء ، ويتطرَّقُ إلىٰ الهبة ، ولغموض التعبير عن هذا التدقيق ذكر الأصحاب مَنْعًا في الإبراء ، ولغموض مَأْخَذِ المسألة وتقابُلِ وجوهِ الترجيح فيها اختلف قولُ الشافعي في المسألة ، ومذهبُ أبي حنيفة أحسَنُ وأعْدَلُ ، ومذهبُ الشافعي أقْيَسُ وأفقهُ ، وكلٌّ منهما مُتحد للصواب[(١)] ، وموفَّقٌ له إن شاء اللهُ تعالىٰ .

---

(١) ويبدو أن الاتحاد واقع أيضًا في نظرة كل من فقهاء الحنفية والشافعية للخلاف ، فكما عبر المصنف ﷺ هنا عن مذهب الحنفية بأنه أحسن ، وعبر عن مذهب الشافعية بأنه أقيس ، جاء تعبير الحنفية متحدًا معه ، فقال السرخسي: «وإذا وهبت المرأة لزوجها مهرها ثم طلقها قبل الدخول بها ولم تكن قبضت منه شيئًا لم يكن لواحد منهما علىٰ صاحبه شيء ، وفي القياس يرجع عليها زوجها بنصفه ، وهو قول زفر - ﷺ - **ووجه القياس:** أنها بالهبة استهلكت الصداق فكأنها قبضته ثم استهلكته فللزوج أن يرجع عليها بنصفه **ووجه الاستحسان:** أن مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له عند الطلاق من غير عوض وقد حصل له هذا المقصود قبل الطلاق فلا يستوجب شيئا آخر عند الطلاق......». ينظر: المبسوط ، للسرخسي ، ٦/٦٥ .

مَسَائِلُ الخُلْعِ



مَسْألَة: **الخُلْعُ طلاقٌ في أصحِّ القولين**[1]، وهو مذهبُ عمر ﷺ وروايةٌ عن عثمانَ، ومذهبُ أبي حنيفةَ[2]، والقولُ الثاني: أنَّه فَسْخٌ، وهو المنصورُ في الخلافِ رَسْمًا، وهو مذهبُ ابن عمر وابن عبَّاسٍ، وأَصَحُّ الروايتين عن عثمان[3]، والمسألة في غاية الدقة، وهي غامِضةُ المآخِذِ إلا علىٰ المتساهلين في النظر المنخدعين بإطلاق العبارات دونَ الغوص علىٰ معانيها، فنرىٰ الاشتغال بالكشف عن سرِّها أَوْلىٰ مِن إقامة الرسم بتمهيد ابتداءِ النُّكتة، وتحصينِها عن الأَسْوِلَةِ[4] علىٰ عادتنا في سائر المسائل من الكتاب، فننبِّهُ علىٰ المأخذ، ثم نُقيم رَسْم الابتداء ونذكر طريق المجادلةَ، وكَوْنُ الفراق الحاصل بلفظ المخالعة فَسْخًا أو طلاقًا يُبتنىٰ علىٰ بيانِ أن

(١) ينظر: المذهب، للشيرازي، ٧٢/٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٢٩٢/١٣، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٢٤١/٣، وهو مذهب المالكية ورواية عن الإمام أحمد بن حنبل، ومن المالكية من رأىٰ أنه طلاقا رجعيًا لا بائنًا. ينظر: المدونة، ٢٤١/٢، والتلقين، وبداية المجتهد، ٩١/٣، ومختصر خليل، ص١١٢، ومختصر الخرقي، ص١٠٩.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٧١/٦، وتحفة الفقهاء، ١٩٩/٢، واللباب في الجمع بين السنة والكتاب، ٦٨٤/٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٦٨/٢، والبناية شرح الهداية، ٥٠٨/٥.

(٣) ينظر: المهذب، للشيرازي، ٧٢/٢، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٣٧٥/٧، وهو رواية عن أحمد، والمعتمد في مذهبه. ينظر: الهداية للكلوذاني، ص٤١٥، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٩٢/٨.

(٤) الأسولة: لغة في الأسئلة حكاها ثعلب عن سيبويه؛ كما في تاج العروس، ٢٤١/٢٩.

النكاح قابل لكل واحد منهما، فإن ثبت أنه قابلٌ لهما فقد يتَّجِهُ أن يُقال: إنْ نَوىٰ بالخلع الفسخَ كان فسخًا، وإن نوىٰ الطلاقَ كان طلاقًا للاحتمال، وإن أطلَق فيُرجَّحُ الحمْلُ علىٰ الفسخ؛ لأنه أدَلُّ عليه بوضع اللغة، وتكون المسألة إذ ذاك لفظيةً لغويةً لا معنويةً فقهية، وكونُ النكاح قابلًا للفسخ يُعرف من أدلة الشرع، والدليلُ علىٰ من يدَّعيه؛ إما بنقل نصٍّ يدل عليه، أو بالقياس علىٰ عقدٍ قابل للفسخ؛ لمشاركته إيَّاه في علة قبول الفسخ، فالدليلُ علينا إذًا إما من جهة النصِّ أو مِن جهة القياسِ، ولا نصَّ؛ فإن الوارد في القرآن هو الطلاقُ والخُلْعُ، وليس في الآية ما يدل علىٰ أن الخلعَ فَسْخٌ، وأمكن تنزيله علىٰ الطلاق المعلومِ، فيُجعل طلاقًا بمالٍ بطريق الافتداء؛ كالعتق بالمال، فلا يدل علىٰ كونِه فَسْخًا؛ بل تجويزُه ببذلِ مالٍ جديد لا بِعَوضِ العقدِ يدل علىٰ أنه ليس بفسخٍ؛ إذ الفسخُ لا يوجِبُ إلَّا تَرادَّ/ العوضينِ، [٢٦٢/ب] فهذا يمنع عن جَعْله فسخًا؛ كما سنذكر من استدلالهم ووجِه الانفصال عنه، فلا بدَّ من القياس، وذلك له مسلكان؛ أحدهما: القياس علىٰ ما ثبت في النكاح مِن أنواع القطع، والآخرُ: أن يُقاسَ علىٰ العقود.

وأسبابُ البتات في النكاح ثلاثةُ أنواعٍ؛ أحدها: الطلاق، والآخر: ارتفاع النكاح ضرورةً بطَرَئان الرَّضاعِ والملكِ والردَّة والمصاهرة وأمثاله، والثالث: انقطاعٌ بأنواع الخيار؛ كخيار العِتق وخيار الجَبِّ والعُنَّةِ، وخيار الرَّتَقِ والقرنِ علىٰ أصلِنا، وخيار البلوغ علىٰ أصلهم، وأبو حنيفة يدَّعي أن الفسخ نوعٌ آخرُ يخالف جميع هذه الأنواعِ، فإنَّ الفسخَ تصرُّفٌ في العقد يرفعُه مِن أصله بالإضافة إلىٰ حينِه، وهذه الأحكام لا تدل علىٰ جواز التصرف في العقد، أما الطلاق فهو إسقاطٌ للملك لا يتأثر العقدُ به، نِسبتُه

من عقد النكاح كنسبة العِتاق من البيع ؛ فمن اشترىٰ عبدًا وأعتقه لم يكنْ متصرفًا في الشراء بالدفع ؛ بل كان متصرفًا في ثمرة الشراء بالإسقاط ، وأما الرضاع والمصاهرة والردَّةُ فلا ينفسخ العقد بها ؛ إذ معنىٰ الانفساخ: ارتفاع العقد من أصله بالإضافة إلىٰ وقته. وهذه الأسباب لا تتعرض للعقد بالدفع والقطع ، ولكنَّ قيام العقد بقيام المحليَّةِ ، وهذه الأسباب تُفْسِدُ المحلية ، فتكونُ كموت العبد المشترىٰ ؛ فإنه لا يتضمَّنُ انفساخَ البيعِ ، ولكنَّ قيام العقد بقيام الماليةِ ، والموت يفسِدُ المالية ومحليَّتَه ، فتنعدم ثمرةُ العقد تابعًا ؛ أما أن ينفسِخَ فلا ، وكَوْنُ هذه الأسباب مُبْطِلةً محليةَ الحِلِّ عُرِف شرعًا ، ولأجله امتنع ابتداءُ النكاح معها ، فهذا الفراق عندهم ليس بفسْخٍ ولا طلاقٍ.

أما النوع الثالث: فهو الردُّ بخيار العتق والبلوغ ، أما الرَّتَقُ والقرن فليس بمسلَّمٍ عندهم[1] ، وكذلك خيار الجَبِّ والعُنَّةِ ليس بخيارِ فسخٍ ؛ بل هو كخيار المرأة في الإيلاء ، تَرْفَعُ إلىٰ القاضي حتىٰ يفرِّقَ بينهما بالطلاق ، كما في الإيلاء والعِتق والبلوغ ، وفَواتُ الكفاءةِ يُثبِتُ الخيارَ وِفاقًا ، ومعناه: ردُّ العقد دونَ الفسخِ ، وأدَقُّ المراتب إدراكُ الفرقِ بين الردِّ والفسخ ، فالفسخُ عندهم رفْعُ العقدِ مِن أصله بالإضافة إلىٰ حينِ الفسخ ، ويكون الرفعُ بعد الثبوت ، ولكن يكون دوامُ الثابت مشروطًا بالاستمرار عليه وعدمِ وجود الفسخ ، ويجري الفسخُ من العقد مجرىٰ النَّسْخِ مِن الأمر ؛ فإنه عند الأصوليين رَفْعٌ بعد الثبوتِ حتىٰ كأنه بالإضافة إلىٰ وقت الفسخ مَعقودٌ مِن أصله ، ولكِنَّ

---

(١) قال السرخسي: «ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها ، وإن فحش عندنا ، ولكنه بالخيار إن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها». ينظر: المبسوط ، للسرخسي ، ٥/٩٥ ، وتحفة الفقهاء ، ٢/٢٢٥.

الأمر المطلق موجَبُه التأبيدُ والبقاءُ بشرط ألا يوجَدَ رافعٌ وناسخٌ، فهو تصرُّفٌ في عقد ثابت بالرفع والإعدام، ولكِنْ بالإضافة إلىٰ وقت الفسخ، أما الرد فهو دَفْعٌ لأصل العقد من أن ينعقد ويوجدَ؛ بالإضافة إلىٰ حالة عدم الرضا، ولذلك يختصُّ بما يستند إلىٰ قصورٍ في الرضا بأصل العقد، فالصغيرةُ كانت مقهورةً، وكذلك الأمَةُ، فثبت لهما الخيارُ/ عند أهلية الرضا، وانعقد [٢٦٣/أ] العقدُ ثابتًا بالإضافة إلىٰ حالةِ انعدام أهلية الرضا، وموقوفًا بالإضافة إلىٰ حالة الرضا علىٰ الردِّ والإجازة، فإن أجاز حَكَمْنا بأنه كان منعقدًا بالإضافة إلىٰ هذه الحالة وسائر الأحوال، وإنْ رَدَّ تبينَّا اندفاعه عن أصله بالإضافة إلىٰ هذه الحالة، فكان الرد دَفْعًا للعقد عن أن يوجد ويتِمَّ انعقادُه؛ بالإضافة إلىٰ وَقْتِ فَقْدِ الرضا مع أهلية الرضا، وكان الفسخ إنشاءَ رفعٍ لعقْدٍ ثابتٍ يُوجِبُ إعدامَه مِن أصلِه بالإضافة إلىٰ وقته، فليُدْرَكْ هذه الدَّقائِقُ، وقد لا يستقِلُّ البَليدُ بِدَرَكِ الفَرْقِ المعقول، فنبيِّنُ له بالثمرات والأمثلة، فقد قال الشافعي: المِلكُ في زمان الخيار موقوفٌ علىٰ قولٍ؛ لأن الرضا لم يتمَّ، فإن ردَّ تبيَّن اندفاع أصْلِ العقد حتىٰ تسلَمَ الزوائدُ للبائع، وإذا أجاز تبيَّن نفاذُ العقد حتىٰ تَسْلَمَ للمشتري، ولم يختلف القولُ أنهما إذا فَسَخَا تقايلًا أنَّ الزوائد تسلمُ للمشتري؛ لأن الفسخ ليس دفعًا للعقد من الوجود والتمام، وكذلك رأىٰ الردَّ بالعيب فسخًا حتىٰ قضىٰ بسلامة الزوائد للمشتري، وعلىٰ الجملة الفرق معقول بين دفع الشيء عن أن يوجد تمامُه وبين دفْعِه بعد كمال وجودِه؛ فهذه أربعُ مَراتبَ عُقِلَتْ؛ الطلاقُ، وهو إسقاطٌ، والردُّ، وهو دَفْعٌ، والانعدامُ بفسادِ المحَلِّ وفواتِه في المبيع بالموت والهلاكِ، وفي المنكوحة بالرضاع، والفسخُ، وهو تصرُّفٌ في العقد يدفعه بعدَ كمال وجوده،

وأبو حنيفة لا يسلِّمُ ثبوت الفسخ في النكاح، ويدَّعي أن سائر الأنواع لا يدلُّ علىٰ هذا، فيبقىٰ القياس علىٰ البيع؛ فإنه عَقْدٌ معقودٌ باختيار المتعاقِدَينِ، ثم ارتفع بالإقالة والتفاسُخِ بالتراضي، فليكُنِ النكاحُ كذلك، فيُطالَبُ بالجمْعِ ويقالُ: وَلِمَ إذا شُرِع الفسخُ في البيع فينبغي أن يُشْرَعَ في النكاحِ، فلا بُدَّ مِن بيان علةِ قبول البيع الفسخَ، والنَّظَرِ في أنه أهل يتحققُ في النكاح؟ وإن تحقق فهل يعارِضُه ما يمنعُه ويُسْقِطُه؟ وطريقُ الجمع أن يقالَ: هو عقدُ إنشاءٍ اختيارًا، والحقُّ لا يَعْدوهما، والملك لهما، فلما أن مَلَكا العقد وبقي لهما ثمرةُ العقدِ، ملَكَا التصرفَ في العقد بقطعه ودفعِه، وهذا مخيَّلٌ، وهو جارٍ في النكاح، ويتجِهُ علىٰ هذا مَسلكٌ واقعٌ، وهو أن ملكَ النكاح نوعُ رقٍّ ثبَت علىٰ حُرَّةٍ لنوعِ ضرورةٍ، فلا يظهَرُ أثرُ الملك إلا في حقِّ المحلِّ، ولهذا لو قال قائلٌ: إذا ملك بالشِّراء ملك نَقْلَه، وعلتُه أن الحق حقُّه وثبت باختياره فليملك نَقْلَ معقودِ النكاح. قيل: إن ملك النكاحِ أُثبت لضرورة الحلِّ، فلم يظهر أثره في النقل وجوازِه، فكذلك ملك الفسخ كملك النقلِ، ولا ضرورةَ إلىٰ التراضي بالتفاسخ بحالٍ، ولا يرد علىٰ هذا الردُّ؛ فإنه ليس تصرفًا في العقد بالرفع حتىٰ يقالَ: إنه ثمرة الملك؛ بل هو امتناع عن الالتزام وثبوتِ العقد الذي هو الملزِمُ، وهو كالدفع لا كالرفع/، ولكلِّ [٢٦٣/ب] واحد من الزوجين الامتناعُ عما يلزمه، وليس لهما رفع ما لزم كما ليس لهما نَقْلُ ما ثبت إلىٰ الغير، والامتناعُ من تنفيذ العقد علىٰ الصغيرة والأمةِ بعد البلوغ والعِتق، وعلىٰ الشريفة عند فَقْدِ الرضا بالخسيسِ استمرارٌ علىٰ الأصل، فإنَّ الشرع جعل النكاح ملزمًا عند الاستناد إلىٰ نظر كاملٍ، وهو نظرُها أو نظرُ الأب والجدِّ دونَ مَن عداهما، والحاجة حاقَّةٌ في دَفْعِ اللزوم

عمن ليس راضيًا، ولا حاجةَ إلىٰ الفسخ بالتراضي.

ولو قال قائلٌ: ليس إلىٰ الطلاق حاجةٌ مخصوصة بل الحاجةُ إلىٰ الخلاص، والخَلاصُ بالفسخ كالخلاص بالطلاق، فهذا يوجِبُ أن يستقِلَّ الزوجُ به كما استقلَّ بالطلاق، فلا يحتاج إلىٰ رضاها، فمن الوجه الذي يحتاج إلىٰ الرضا ينقطِعُ عن الطلاق، وقد شبَّبَ بمنع هذا بعضُ أصحاب الخلاف ممن لا خبرةَ له بمعرفة المذهب، ويكاد أن يكونَ هذا خَرْقًا للإجماعِ، وحاصلُه يرجع إلىٰ أن النكاح جائزٌ من جانب الزوج أبدًا، فيفسَخُ مهما شاء، ولازِمٌ من جهة المرأةِ، ومَن يجوِّزُ استقلالَ الزوج بالفسخ فلا ينبغي أن يُخاضَ معه في الفسخ بالتراضي؛ بل يُبحث أولًا عن معنىٰ لزوم النكاح، وما أطلقه العلماءُ كافةً وما ذكروه مِن أن الزوجَ لو شرط لنفسه خيارَ ثلاثة أيام فسَد الشرطُ، وقد يفسد العقد لنَبْوةِ العقد عن الجواز، فكيف يُطْرَدُ الجوازُ مِن أحدِ الجانبين أبَدَ الدهرِ؟ كيف وتصانيف الخلافيين مشحونةٌ بالجواب عن خُلْعِ الأجنبي بأن الشافعي فرَّع ذلك علىٰ قولِ الطلاق، ولم يجعلْه أحدٌ فَسْخًا مع الأجنبيِّ، ولو كان يستقِلُّ به لكان هذا مشهورًا في الجواب ممنوعًا في المسائل، وعلىٰ الجملة كلُّ مذهبٍ يجر إلىٰ إثبات سلطنة الفسخ أبدًا من جانبِ الزوج فهو فاسدٌ قَطْعًا، وإذا بطَل هذا سقط الاستدلالُ بالفسخ، وفسَد قولُ القائلِ أنَّ شَرْعَ الطلق للخلاصِ يوجب شرع الفسخ، وكلُّ ما نذكر في الفرق عند الاستقلال يجري عند التراضي، إذ لا حاجة إلىٰ رضا المرأة في الإسقاط بالطلاق، فإذا تبين أن الذي يتعيَّنُ علىٰ كلِّ محصِّلِ الفتوىٰ عليه أنَّ الخلعَ طلاقٌ؛ فإنَّ النكاح لا يقبل الإقالة تراضيًا ولا الفسخ استقلالًا، ولكنَّا إن أردنا إقامة الرسم في الخِصام قِسْنا النكاح علىٰ البيع

كما سبق، واستدلْلنا بمشاركة النكاح البيعَ في خيار الرد بالعتق والبلوغ وغيرهما، ونُخَبِّطُ عُذرهم بفرقهم بينَ الأمة والعبد في خيار العتق، وتسويتِهم بين الصغيرة والصغير في خيار البلوغ، ونمنعُ قولهم: إن النكاح ملكٌ ضَرورةً، ولذلك لم يظهر أثرُه في النقل؛ بل نقولُ: هو ملكٌ يفيدُ ما يفيد سائرُ الأملاك؛ إلا فيما يقتضي فِقْهُ النكاح الفَرْقَ، ولمَّا لم يقتَضِ فِقْهُه الفرقَ في خيار الردِّ شارَك البيعَ، وأما النقلُ فغيرُ لائقٍ بمقصود النكاح، والغَرَضُ منه السَكَنُ والازدواجُ، وهذا لا يقبلُ التبديلَ/، وكذلك تربيةُ الولد، ولمَّا كانت المستولَدةُ بالاستيلاد صارت معرضاً للولد امتنع نقلُ الملك فيها وتقيَّدَتْ به، فكيف يستبعد منعُ النقل ها هنا ومقصودُ المالية وهي مُطَّرِدةٌ مع تبدُّلِ الصور والأعيان، فعُقِلَ النقلُ، ويُعْضَدُ جناحُ الكلام بأن النكاحَ قابلٌ للانفساخ؛ بدليل الرِّدَّة والرَّضاع وغيرهما، ولا يُعقل ارتفاعُ النكاح بقسم ثالثٍ غيرِ الطلاق والفِسْخِ، وهذا أمرٌ بِدْعٌ أثبتوه، والاستقلالُ بالفسخ مدفوعٌ بالبيع؛ فإنه لا يستقِلُّ إحداهما، ويتراضيان لأنه تصرُّف في العقد بالرفع، ووجودُ العقد منهما فكان عَدَمَه إليهما، وأما الطلاق فليس بتصرُّفٍ في العقد كما ذكروه.

[٢٦٤/أ]

❊ **فإن قيل:** فهلَّا رجع المهر بالفسخ بطريق الخُلع إلىٰ الزوج!

❁ **قلنا:** بعد المسيس لا يرجع بجميع الأنواع؛ لأن التعدية في الوطء غيرُ ممكنٍ، وأولىٰ الأبدال فيه ما جرىٰ فرضُه وتسميتُه وقبل المسيس الأصلُ رُجوعُ الكلِّ، ولذلك يرجع في المفوِّضة، وتجِبُ المتعةُ، وإذا كان المهر مفروضًا فيبقىٰ النصف بدلًا عن الإمتاع في مقابلة استيحاشها بالفراق

مع تمهُّدِ عُذْرِها، وإنما يسقط الكلُّ إذا فسخ برَتَقِها وقَرَنِه؛ لأن السبب جاء من جِهتِها، فالزوج لم يُؤْذِها بالفراق، ولكن امتنع عن التأذي بها، ولو فسخت بِجَبِّه وعُنَّتِه سقط الكلُّ؛ لأنَّها إن استوحشت أو تأذت بالفراق فالاختيار إليها، فهي التي فسخت وأوحَشَتْ نفسَها، وأما الخُلع متعلِّقٌ[1] بالجانبين، فرُجِّحَ جانبُ الرجل على جانبِها؛ لأنه الأصلُ المتبوعُ، وفيه مَنْعٌ أيضًا فقد قيل في التفريع على هذا القولِ: يسقُطُ الكلُّ؛ فيندَفِعُ السؤالُ.

❊ **فإن قيل:** فَلِمَ جاز الفسخُ على عِوَضٍ جديدٍ؟ ولا تجوزُ إقالةُ البيع على عِوَضٍ جديدٍ، ولا لمن يستقِلُّ بالفسخ أن يأخُذَ عِوَضًا عليه كمن فسخ بالرتَقِ والقَرَنِ، وكالمرأة إذا فُسِخَتْ بالجَبِّ والعُنَّةِ، وبذَل الزوجُ عِوَضًا لها حتى تفسَخَ، وإنْ حُمل في جانبه على أنه لا غَرَضَ له في فسخها، فلها غرضٌ في فسخه برتَقِها وقرنِها، فهلَّا جاز لها بذلُ العوض إن جاز الفسخُ على عوض جديد!

❁ **قلنا:** القياس مَنَعَ العِوَضَ في الفسخ والخُلْعِ جميعًا، ولكن جُوِّز بَذْلُ المالِ افتداءً لحاجة المرأة إلى الخلاص ترغيبًا في الطلاق، فجُوِّزَ مِثْلُ ذلك في الفسخ أيضًا ترغيبًا، وحاجتُها ترتفع بكلٍّ واحد منهما، ولا حاجةَ بالرجل إلى بَذْلِ مال في مُقابلة فَسْخِها بجَبِّه؛ بل كيف تستحِقُّ مالًا وإنَّما تعمَلُ لنفسِها وتُخَلِّصُ نفسها عن ضَرَرِه، وإذا بذلت مالًا للفسخِ بالرتَقِ لم يجُزْ؛ لأنه فَسْخٌ لحاجةِ نفسه، فإن كانت رَتْقاءَ، وقال لَسْتُ أفْسَخُ بالرتَقِ، وإنما أفسخ ابتداءً بالْتماس المرأة إن بَذَلَتْ مالًا؛ فهذا خُلعٌ في الرتقاءِ وهو

(١) كذا في الأصل بحذف الفاء من جواب «أما»، وتقدم التعليق على هذه المسألة تفصيلًا.

صحيحٌ، وفائدتُه أنه لا يُحالُ علىٰ جهة الرتق حتىٰ لو كان قبلَ المسيس، فيسقُطُ نِصْفُ المسمَّىٰ لا كُلُّه؛ هذا طريق المجادلةِ، والمعتقد هو الأولُ، وبعد النزول عن إثبات قبول النكاح للفسخ فالنظرُ في لَفْظُ الخلع ظاهِرٌ؛ فإنه ليس يلفظُ الطلاقَ صريحًا/، ولا نَوىٰ الطلاقَ، فيرجع إلىٰ وَضْعِه، وهو مشعرٌ بالانخلاع، فمُطْلَقُه إلىٰ الفسخِ أقْرَبُ، فيُحمل عليه؛ فلو نوىٰ الطلاق فقد نقولُ: صار طلاقًا. [٢٦٤/ب]



مَسْألَةٌ: المختلِعةُ لا يَلْحَقُها صريحُ الطلاق وكنايتُه، وإن كانت بَعْدُ في العدة[1]؛ خلافًا له[2]، **والمعتمَدُ**: أن الطلاق تصرُّفٌ يُملَك بملكِ النكاح، ويُستفاد منه، فينقطعُ بزوال ملك النكاح؛ كالظهار والإيلاء والرجعة والخلع والإبانة.

فإن قيل: لا نسلِّمُ أنه مستفادٌ بمِلك النكاح.

قلنا: نَعْني به: قَبْلَ النكاح لا يملكُ طلاقُ الأجنبية، وبعدَه يُمْلَكُ؛ كما في الإيلاء والظهار والرجعة والخلع.

(١) ينظر: مختصر المزني، ٢٩٠/٨، والحاوي الكبير، ١٦/١٠، ونهاية الطلب في دراية المذهب، ٣٦٠/١٣، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٦٨/٨، وكفاية الأخيار حل غاية الاختصار، ص٣٨٦، وهو مذهب المالكية والحنابلة، إلا أن المالكية يوقعون الطلاق إن كان الكلام متصلًا. ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ٥٩٣/٢، وبداية المجتهد، ٥٦/٢، والمغني، ٢٧٨/١٠، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٦١/٣.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٨٤/٦، وتحفة الفقهاء، ١٨٥/٢، بدائع الصنائع، ١٣٥/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢١٩/٢.

❊ **فإن قيل**: وَلِمَ إذا كانت مستفادةً بملك النكاح ينبغي أن ينقطِعَ بزوال مِلْك النكاحِ؟! بل ينقطِعُ بانقطاع النكاح، وهو لا ينقطع إلا بانقطاع العِدَّةِ؛ فإن النكاحَ عبارةٌ عن أحكامٍ، والعدَّةُ مِن حقوق النكاح وأحكامه؛ بدليل ثبوت النسب والنفقة والسُّكْنىٰ، فإن انتفىٰ النكاحُ مِن وجهٍ، فهو باقٍ مِن وجهٍ، فليكُنْ ملك الطلاق آخِرَ ما يرتفع تغليبًا للتنفيذ كما كان حِلُّ نكاحِ الأخت عندنا آخِرَ ما يرتفِعُ تَغْليبًا لجانب الحَظْرِ.

❁ **قلنا**: هَلَّا طردتم ذلك في الخلع والإيلاء والظهار والرجعة؛ فهذه نُقوضٌ صريحةٌ عليهم، وينتقض أيضًا بالعدة في حقِّ من انفسخ النكاحُ عنها بالردة أو فُسِخَ عنها بسببٍ؛ فإنها لا يَتسلَّطُ علىٰ ملك النكاح، وهذا لا جوابَ عنه، ويبطُلُ بعدَّةِ الوطء بالنكاح الفاسدِ؛ فإنها بقِيَتْ عندهم في حقِّ تحريم الأخت، ولم تبقَ في حق الطلاق، فهذه مناقضات لا مخلِّصَ منها، والجواب الفقهيُّ مِن وجهين[1]:

---

(١) وهذه النقوض التي عددها المصنف لا تلزم الحنفية، وتقريرهم فيه نوع اطراد لا يمكن إهماله، وبيان مسلكهم في ذلك: أن حكم الطلاق إن كان ما ينبئ عنه اللفظ لغة ـ وهو الانطلاق والتخلي وزوال القيد ـ فهي محل لذلك لأنها مقيدة في حال العدة؛ لأنها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر، والقيد هو المنع وإن كان ما لا ينبئ عنه اللفظ لغة ـ وهو زوال حل المحلية شرعًا ـ فحل المحلية قائم؛ لأنه لا يزول إلا بالطلقات الثلاث ولم توجد فكانت المبانة والمختلعة محلين للطلاق وبه تبين أن قوله: «الطلاق تصرف في الملك بالإزالة» غير سديد؛ لأن زوال الملك لا ينبئ عنه اللفظ لغة ولا يدل عليه شرعًا، ألا ترىٰ أن الطلاق الرجعي واقع، ولا يزول الملك بالإجماع، ولو راجعها لا ينعدم الطلاق، بل يبقىٰ أثره في حق زوال المحلية، وإن انعدم أثره في حق زوال الملك بخلاف الإبانة؛ لأنها إزالة الملك والملك دليل.
وفقه المسألة ينبغي أن يرد إلىٰ قاعدة وقع الخلاف فيها بين الحنفية والشافعية، وهي أن=

أحدهما: أن العدة عندنا وجَبت حقًّا للماء المحتَرَمِ لا حقًّا للنكاح كعدة الوطء بالشهبة، فلا يُسَلَّمُ أنها من أحكام النكاح، وقد سبق تقريرُه في مسألة نكاح الأختِ، وليس لهم إلا النفقةُ، وهي ممنوعة إلا في حق الحامِلِ لأجل الحملِ والنَّسَبِ، وهو عندنا من أثر النكاح السابق حتىٰ إذا تراخت الولادة إلىٰ وقت لم يحتملِ العُلوقُ إلا في العِدَّة، ولا يحتمل في النكاح لم يثبُتْ، فلا فَرْقَ عندَنا بينَ وجودِ العدة وعَدَمِها، وأما السكنىٰ فمسلَّمٌ، ولكنه حُكْمُ عِدَّةٍ وجبت عَقِيبَ الطلاق، لا حُكْمُ النكاحِ، وهو متجدِّدٌ، وأما سكنىٰ النكاح فقد انقطع؛ بدليلِ أن وجوب السكون في النكاح يسقُطُ برضا الزوج، وهذا لا يسقُطُ، ولو كان من حُكْمِه لثبت في المعتدَّةِ بالشبهة عندهم كما ثبت بتحريم نِكاحِ الأُخت.

الوجه الثاني: هو أنه لو سُلِّم بقاءُ النكاح علىٰ تأويلِ بقاءِ بعضِ الأحكام، فقد انتفىٰ علىٰ تأويل انتفاء بعض الأحكام، وهو الملك والحِلُّ، فَلِمَ كان الطلاقُ مما يبقىٰ ولم يكن الإيلاءُ مما يبقىٰ؟ وكذا الظِّهار والخلع والرجعة، فيلحق هذا التصرُّفُ بسائر التصرفات(١).

= الحنفية يرون أن حكم الشيء يدور مع أثره وجودًا وعدمًا، فينزل وجود أثر الشيء منزلة وجوده وعدمه منزلة عدمه استدلالًا بوجود الأثر علىٰ وجود المؤثر وبانتفائه علىٰ انتفائه.
والشافعية منعوا ذلك واحتجوا فيه بحقيقة الأصل؛ فإن الأحكام والآثار تابعة للحقائق حِسًّا وحقيقة، وفي تنزيل أثر الشيء منزلة ذلك الشيء في وجوده وعدمه جعل المتبوع تابعًا، وذلك قلب الحقائق عندهم، ولأجل ذلك لم يلحق الشافعية بالمختلعة الطلاق لزوال حقيقة النكاح، بينما أوقع الحنفية لبقاء أثره. ينظر: بدائع الصنائع، ٣/١٣٥، وتخريج الفروع علىٰ الأصول، للزنجاني، ص٢٧٠، والأشباه والنظائر، للسبكي، ٢/٢٩٣.

(١) وطريقة المصنف هنا ممنوعة في المناظرة، وبيان ذلك أنه في الوجه الأول قرر أن العدة=

❊ فإن قيل: لأن الرجعة استبداد بالتدارُكِ فيما أشرف على الزوال ولم

= واجبة لحق الماء لا لحق النكاح، وهو في ذلك يقصد إثبات انقطاع الملك في النكاح؛ إذ العدة على هذا ليس من آثاره، وبناءً عليه يجعل مناط وقوع الطلاق من عدمه هو البينونة، فمتى بانت منه لا يلحقها الطلاق، ولو كانت في عدتها، وطريق الخصم في المناظرة هنا هو معارضة علة البينونة بعلة أخرى تثبت بالدليل، وهي أن يقال: إنها لما كانت معتدة منه عن طلاق، وجب أن يملك إيقاع بقية طلاقها بدلالة الاتفاق على أنها إذا كانت معتدة من طلاق رجعي كان زوجها مالكًا لإيقاع بقية طلاقها، بعلة أنها معتدة من طلاق، والدليل على صحة هذه العلة: أنها متى انقضت عدتها لم يلحقها طلاقه، لزوال العلة، وما دامت معتدة لحقها طلاقه، فدل على صحة المعنى لوجود الحكم بوجوده وارتفاعه بارتفاعه، ثم محل الخلاف ليس في نوع الحق الذي وجبت به العلة هل هو حق للنكاح أو للماء والاستبراء؛ لأن المقصود هو كونها من آثار النكاح لا غير، فكان الأولى منع الأصل الذي استند إليه الحنفية من كون بقاء الحكم يدور مع بقاء الأثر.

فإذا تقرر هذا فليس للمصنف أن يذكر وجهًا آخر فيه تسليم بالوجه الأول؛ لأنه حينئذ يكون منتقلًا عن استدلاله الأول، ويكون هذا ضربًا من الانقطاع؛ لأنه قد تضمن بدءًا تصحيح علته بما ذكر من استدلاله بانقطاع الأثر، ولم يضَمِّن استدلاله معنًى آخر، فإذا رام ترجيح اعتلاله بعد المعارضة بمعنى آخر، فقد ترك الاستدلال، وأقل أحواله أن يكون استعماله بمعنى غيره، مما يوجب عنده ترجيح علته، اعترافًا منه بأن الأول غير مستقل بنفسه في جهة للدلالة وتصحيح المقالة.

والوجه الثاني الذي ذكره المصنف لم يغن عنه شيئا بعد افتراض تسليمه للأول، بل هو إغراق في التسليم وتصحيح علة الحنفية، ولا معنى للقول بأن انتفاء بعض الآثار يوجب انتفاء الحكم، إذ المقرر عندهم التعلق ببقاء بعض الآثار ولو كان واحدًا، وما ذكره من الظهار غير مسلم، إذ الفرق ظاهر بين الطلاق والظهار، لأنها كانت محلال للطلاق باعتبار العدة، ولم تبق محلًّا للظهار باعتبار العدة؛ لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وموجبه حرمة مؤقتة إلى التكفير، وبعد ثبوت الحرمة بزوال الملك على الإطلاق لا تكون محلا للحرمة المؤقتة. ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٦/٨٣، فثبت بذلك أن المناظرة يجب أن تؤول إلى إبطال الأصل المعتمد عند الحنفية وتعليقهم الحكم على بقاء الأثر.

يَزُلْ، فلا يليقُ بما بعدَ زوال الملكِ، والخُلْعُ إبانةٌ، والبائن لا يمكِنُ إبانتُه؛ إذ الحاصل لا يُحصَّلُ، والإيلاءُ عندَنا طلاقٌ بائنٌ بعد انقضاء أربعة أشهرٍ، فله حكمُ الإبانة، والظهار تشبيهُ محلِّله بمحرَّمِه، وحُكْمُه التحريمُ/، والتحريمُ [١/٢٦٥] حاصلٌ، فكيف يُعْقَلُ إنشاءُ التحريم في محرَّم؟! أما الطَّلاقُ فهو لتفويتِ حلِّ المحلِّ، فإنه إذا صار ثلاثًا فإن الحلُّ، والحلُّ قائمٌ أعني حلَّ النكاحِ؛ كما في الرجعية، فكان الطلاقُ معقولًا، نعم لم يقَعْ بعدَ العدَّةِ؛ لأن المرأةَ تصيَّرَتْ مبتذَلةً بتطليقات الأجانبِ، لو فُتِحَ هذا البابُ فلا بُدَّ مِن اختصاصٍ واستيلاء علىٰ المحلِّ، وذلك حاصلٌ ببقاء حكم النكاح في حقِّ العدة.

۞ **قلنا**: قولُكم: الطلاق مشروع لتفويت حلِّ المحلِّ؛ باطلٌ من وجهين:

أحدهما: أن حِلَّ المحل مستفادٌ بأصل الخِلقة لا بالنكاح، فكيف يفوتُ بطلاق مرتَّبٍ علىٰ النكاحِ؟!

والآخرُ: أن حِلَّ المحلِّ فُوِّتَ عقوبةً زاجرةً عن تكثير الطلاق، والطلاق مشروعٌ لنوعِ حاجةٍ، فيستحيل أن يكون مشروعًا لعقوبته؛ فإن العقوبةَ ومُوجِبَها ينبغي أن لا يوحَّدَ شَرْعًا، فكيف يُحمل المشروع علىٰ إيجاب العقوبة؟! علىٰ أنه لو كان كما ذكروه لعُقِلَ بعد انقضاء العدة.

وقولُهم: إنها تصير مبتذَلةً؛ هَوَسٌ مَحْضٌ؛ فإن العاداتِ غيرُ جارية بطلاق الأجنبياتِ، ولا ضرَرَ عليها من ذلك، ثم إن اكتُفي باختصاصٍ ما، فهلَّا اكتُفي بعدَّةِ النكاح؟ وعِدَّةُ المفسوخ عنها نكاحُها، وهذا لا جوابَ عنه.

❊ **فإن قيل**: فما فائدةُ الطلاق وحكمِه الواجبِه إن لم يكُنْ مشروعًا لما ذكرناه؟

۞ **قلنا**: يكفينا في الجدال إبطالُ ما بنيْتُم عليه الفرقَ، ثم لنا مسلكانِ في إبدائِه أحدهما ـ وهو المرضيُّ ـ أنَّ حكم الطلاق الإبانةُ، ولكن قد يوجِبُ الإبانةَ في الحالِ، وقد يوجبها بعد انقضاء العدَّةِ، فإذا طلَّقَ طَلْقَتين مجموعتَين كانت البينونةُ عند انقضاءِ العدة مُضافًا إلىٰ علَّتَين كلُّ واحدة مستقلَّةٌ، وهما الطلقتانِ، وكذلك إذا طلق طلقتين مُفَرَّقتين إذا جرت الثانيةُ قبل انقضاء العدة من الرجعيةِ، فالبينونةُ عند عدم العدة يضافُ إليهما جميعًا؛ لأن الثانية لحِقَتْ قبلَ تمام حكم الأول؛ فصارت كالمضمومة إليه، فأما إذا لحقت بعد حصول البينونة بالخلع كان كما لو لحِقَتْ بعد البينونة بمضيِّ العدَّةِ، فإنَّ العِلَّةَ بعد تمام الحكم بعلَّةٍ مستقلةٍ ساقطةُ الأثرِ، فصار الطلاق إبانةً، فلا يملكها كما لا يملك الإبانةَ لا يفارِقُ الإبانةَ إلا في تراخي حُكْم البينونة عن الطلاق، والتراخي لا يسلِّطُه علىٰ ملكِ سبب الإبانة، فإنَّ البينونة تتراخىٰ عندهم عن الإيلاء أربعةَ أشهرٍ، فإذا قال: واللهِ لا أجامِعُكِ. ثم نكَحها فانقضت أربعةُ أشهر، هلَّا حصَلَتِ البينونةُ! إنما لم تحصُلْ لأنَّ لفظ الإيلاء سببٌ وعلَّةٌ للبينونة الآن فلم يملكْ عِلَّةَ البينونة في حالةٍ لا يملك البينونةَ، فكذلك الطلقة الثانية سببٌ للبينونة علىٰ الوجه الذي تقدَّمَ، وتقريبُ هذا من الإيلاءعلىٰ أصلهم واقعٌ جِدًّا.

والمسلك الثاني: أن الطلاق حَلٌّ فيستدعي محلولًا، والمحلول بالطلاق الحِلُّ، وبالثاني ملكُ الرجعة الأولىٰ؛ إذ له رجعتانِ، وبالثالث مِلْكُ النكاحِ، فلا ينفكُّ طلاقٌ عن حَلٍّ، وهذا فيه غورٌ وغائلةٌ، فلم نَرَ الاعتمادَ عليه، وفي المسلك الأول في الجواب مَزيدُ بَحْثٍ نبَّهْنا عليه في كتاب: «شفاء الغليل في الأصول» عند التنبيه علىٰ إضافة الحُكْمِ إلىٰ علتين، والطريقُ/ في [٢٦٥/ب]

المسألة إرهاقُهم إلىٰ الفرقِ بينَ الطلاق والإيلاءِ، والطلاقُ مُبينٌ عندنا بعدَ ثلاثةِ أشهرٍ؛ كما أنَّ الإيلاءَ مُبينٌ عندَهم بعدَ أربعة أشهرٍ؛ بل الطلاقُ قد يؤثِّرُ في الحال في تحريم وطءٍ أو خَلْوةٍ ومسافرةٍ عندهم، والإيلاء لا أثَرَ له في الحال، فإذا افتقر ذلك إلىٰ ملك النكاح فبأنْ يفتقِدَ هذا أَوْلىٰ.



❁ **مَسْأَلَةٌ: تعليقُ الطلاق بالملك باطلٌ عندنا[1]، وكذلك تعليقُ العِتاقِ.**

خلافًا له[2]، **والمعتمدُ** أنه تعليقُ طلاقٍ قبلَ ملك النكاح، فيَلْغُو كالتعليق المطلَقِ؛ فإنه لو قال لأجنبية: إذا جاء شهرُ رمضان فأنتِ طالقٌ؛ فنكَحها، فجاء شهرُ رمضان لم يقَعِ الطلاقُ.

❁ **فإن قيل:** لا نسلِّمُ أن هذا تعليقُ طلاقٍ؛ فإنه ليس تصرُّفًا في

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٢٥/١٠، والمهذب، للشيرازي ٣/٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٣٢٢/١٣، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: المغني، ٥٢٥/٩، وكشاف القناع، ٢٨٥/٥.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، ١٣٢/٣، والبناية شرح الهداية، ٤١٠/٥، وفتح القدير، لابن الهمام ١١٤/٤، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤/٤.
وللمالكية قول ثالث في المسألة، وهو أنه إن عم جميع النساء لم يلزمه، وإن خصص لزمه، مثل أن يقول: كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق، وكذلك في وقت كذا، فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا زوجن، أما لو عم فقال: كل امرأة أتزوجها في طالق لا تطلق، والمعنىٰ أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلًا إلىٰ النكاح الحلال، فكان ذلك عنتًا به وحرجًا، وكأنه من باب نذر المعصية، وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق. ومذهبه مبناه علىٰ جواز التخصيص بالمصلحة، وهو أصل مختلف فيه. ينظر: بداية المجتهد، ٦٧/٢.

الطلاق، وإنما يسمَّىٰ تعليقًا مجازًا.

۞ قلنا: عنينا به ما عناه السائلُ بقولِه: تعليقُ الطلاق بالملكِ؛ هل يجوز؟ فعليه نَصْبُ الدَّلالةِ وما عناه كافَّةُ الفقهاء بإطلاق العبارة، فمن ادَّعىٰ كونَه مجازًا فعليه الدليلُ.

※ فإن قيل: وَلِمَ إذا امتنع المطلَقُ يمتنِعُ المقيَّدُ؟

۞ قلنا: الخَصْمُ يدَّعي ملك التعليق قبلَ النكاحِ؛ فهو المطالَبُ بالحجَّةِ، ونحن منكرون، وغايتُنا في إقامة رَسْمِ ابتداءِ الدليلِ السَّبْرُ[1]، وهو أن

(١) كذا سلك المصنف هذا المسلك في الانتصار، ولم يشأ أن يسرد أدلة الشافعية اكتفاءً منه بالسبر ومنع حجة الحنفية، وما نصبه الحنفية دليلًا علىٰ مذهبهم إجمالا في هذا المسألة:
أن الطلاق يقع إذا علق علىٰ الشرط، فكذا يقع إذا علق علىٰ الملك، وبيان ذلك أن الرجل إذا قال لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت طالق؛ وقع طلاقه إذ دخلت الدار اتفاقًا، علىٰ الرغم من أنه في حال يمينه لم يكن الشرط موجودًا، وإنما وقع الطلاق عند تحقق الشرط، فكذلك إذا قال رجل لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، فهو هنا علق الطلاق علىٰ الملك، ولم يكن موجودًا حال يمينه، فإذا تحقق الملك بالزواج وقع الطلاق فورًا.
واستدلوا بأن تعليق الطلاق يمين، واليمين لا يشترط لها الملك، مثل أن يقول الرجل: والله لو تملكت هذا ـ ويشير إلىٰ شيء ـ لأتصدقن به، فهذا اليمن ينعقد ويكون معلقًا علىٰ تملكه، فإذا ملك هذا الشيء وجب عليه إنفاذ يمينه.
واستدلوا بأن الطلاق يصح مع الغرر والجهالة، فيصح عقده أيضًا بغير ملك وتعليقه عليه، وبيان ذلك أن الطلاق يقع مع الغرر بأن يقول لزوجته: إن جاء فلان فأنت طالق، ومعلوم أن فلانًا هذا قد يأتي وقد لا يأتي، فكان فيه غرر، ومع ذلك إذا جاء فلان المقصود طلقت امرأته، فإذا وقع الطلاق في مثل هذا وقع إذا علقه علىٰ الملك من باب أولىٰ. ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/٢٣٢.
وقد أجاب المصنف علىٰ معظمها ضمنًا، ويجاب عنها أيضًا علىٰ سبيل الإجمال بأن تعليق الطلاق بالشرط أو الغرر يصح، لأن يمينه في هذه الحالة صادفت محلًّا صالحًا وهو=

التعليقَ المطلقَ لَغىً مع أن المعلِّق أهلٌ للتكلم عند التعليق، والصيغة منظومةٌ، والمرأة محلٌّ للوقوع عند وجود الصفة، والتعليق المطلقُ يتناول ما

= الزواج، فصح أن يقع منه الطلاق وإن كان معلقًا بشرط أو غرر، أما الطلاق قبل النكاح فإن يمينه لم تصادف محلًا صالحًا حال تعليقه، فظهر الفرق بين الحالتين.

أما الشافعية فاستدلوا من المنقول بقوله تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ﴾.

ووجه الاستدلال: أن «إذا» أداة شرط، والمشروط لا يقع إلا إذا تحقق شرطه، والشرط في الآية هو النكاح في قوله: ﴿إِذَا نَكَحۡتُمُ﴾، والمشروط هو الطلاق في قوله: ﴿ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ﴾، فدلت الآية علىٰ عدم وقع الطلاق إلا بعد وقوع وكذا بما أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٨) أنه ﷺ قال: «**لَا طَلَاقَ قَبْلَ نِكَاحٍ**».

ووجه الاستدلال أنه ﷺ نفىٰ كل طلاق قبل وقوع النكاح، وكذا بما أخرجه الدارقطني والبيهقي أنه ﷺ قال: «**لَيْسَ عَلَىٰ الرَّجُلِ طَلَاقٌ فِيمَا لَا يَمْلِكُ، وَلَا بَيْعَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ، وَلَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ**».

ووجه الاستدلال أن الرجل إذا علق الطلاق قبل النكاح كان مطلقًا فيما لا يملك، وهذا منفي بنص الحديث.

وقد يعترض علىٰ هذين الحديثين بأنهما ليسا علىٰ عمومها، وإنما أريد بهما حالة خاصة، وهي ما إذا لم يضف الطلاق إلىٰ الملك، كأن يقول لامرأة أجنبية: أنت طالق، فهذا لا يقع وهو مقصود الحديث، أما إذا قال: إن تزوجتك فأنت طالق فإنه يقع؛ لأن الحديث لا يتناول هذه الصورة وإنما يتناول الصورة الأولىٰ فقط.

ويؤيد هذا الاعتراض ما روي أن امرأة جاءت علىٰ ناقة للنبي ﷺ، فلما وصلت للمدينة قالت: إني نذرت أن أنحرها؛ إنِ الله أنجاني عليها. فقال لها النبي ﷺ: «**بِئْسَمَا جَزَيْتِيهَا، لَا نَذْرَ لِابْنِ آدَمَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ**». فجاء جواب النبي؛ لأنها لم تعلق النذر علىٰ الملك، فقالت: «إني نذرت أن أنحرها» ولم تقل: «إني نذرت إن ملكتها أن أنحرها».

ويجاب عن ذلك بأن قوله: «لا طلاق» نكرة في سياق النفي، فتعم كل صور الطلاق قبل النكاح، ولا يقال: إنه أريد به صورة خاصة إلا إذا دل دليل علىٰ ذلك.

ويجاب عن حديث المرأة أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فقوله: «**لَا نَذْرَ لِابْنِ آدَمَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ**» عام وإن جاء في قصة خاصة.

قبل النكاح وما بعدَه، وبُطلانُه بالإضافة إلىٰ بعض الأحوال لا يوجِبُ بطلانَه بالإضافة إلىٰ كلِّ الأحوال؛ فإنه لو خاطب به الزوجةَ فيتناول البائنةَ أيضًا؛ حتىٰ إذا وُجدت الصفة في حالة البينونة انحلَّ اليمينُ، وإذا لم يبطُلْ لخَلَلٍ في الأهلِ ولا لخلَلٍ في المحلِّ لدىٰ الوقوعِ، ولا لخَبَطٍ في الصيغة، ولا لاستحالةِ الوقوع في بعض الأحوال، لم يبقَ إلا أمرٌ خامسٌ، وهو فَقْدُ الولاية علىٰ محلِّ الطلاق حالةَ تعليق الطلاق، وإن تعليقَ الطلاق يستفادُ بملك النكاح كالتنجيز وكالإيلاء والظِّهارِ، فإن أبدىٰ الخَصْمُ أمرًا سادسًا يحيله عليه فعلينا أن نتكلَّمَ عليه، والسَّبْرُ حجَّةٌ في رسم الابتداء إلىٰ أن يُبْدِيَ الخَصْمُ مَزيدًا؛ إذ لا دليل علىٰ النفي أَقْوىٰ من السَّبْرِ.

❊ فإن قيل: مسلَّم أن ملك النكاح شرطٌ لملك الطلاق، ولكنَّ الطلاقَ عبارةٌ عن علَّةِ البينونة، والتعليقُ ليس بِعِلَّةٍ في الحال، وإنما هو بِعرضِ أن يصيرَ علةً عند وجود الصفة، فلا جَرَمَ لا يصيرُ علةً قبل الملك، وإنما يوصف بكونه علةً عند ترتُّبِ الحكم عليه، والملك حاصلٌ في ذلك الوقت، وإنما هو في الحال يمينٌ؛ لأن حدَّ اليمين بغير الله هو الجزاءُ والشرطُ، وقد وُجِدَ، والرجلُ أهلٌ لليمين.

۞ قلنا: لا نسلِّمُ أن حدَ اليمين هو الجزاء والشرط؛ بدليل التعليقِ المطلق، وبدليل أنه لو قال: إن دخَلْتُ الدار فإني ميتٌ؛ لم يكن حالفًا، وهو صيغةُ الجزاء والشرط، ولكن لما لم تكن الإماتة إليه، ولم يحصل بتعليقِه لم يكن خبرًا محذورًا/، فلا ينعقِدُ اليمين، فكذلك الإبانةُ قبل ملك [٢٦٦/أ] النكاح ليس إليه حتىٰ يحصِّلَه بتعليقِه، فلم يكُنْ محذورًا حتىٰ يصيرَ به حالفًا، فلا بُدَّ للخَصم من إقامة الدليل علىٰ أن الإبانةَ مملوكة له قبل النكاح حتىٰ

يتصوَّرَ منه تمهيدُ علَّتِه، وانعقادُ الحَلِفِ متعلِّقٌ بتقدير وقوعِ الجزاء، ووقوعُ الجزاء متعلِّقٌ بجَرَيانِ سببِ الوقوع، واللفظُ قبلَ الملك لا يصلُحُ أن يكون سببًا للوقوع عندنا، فَلَغَىٰ اليمينُ واللفظُ مِن كل وجهٍ كما في الإيلاء والتعليق المطلق.

❊ **فإن قيل**: نحن نسلِّم أن التعليق لو كان هو علةً للفراق لشُرط فيه الولاية علىٰ المحلِّ، ولكنه ليس بعلة في الحال؛ إذ قوله: أنتِ طالقٌ؛ لو اقتصر عليه علةٌ، فإذا زاد قولَه: إن دخلتُ الدارَ؛ فهذا لم يزد علىٰ حكم العلة بالتأخير مع بقاء العلة، بل ورد علىٰ نفس الكلام بالتبديل، فأخرجه عن كونه علةً وجعله كلامًا هو بِعَرْضِ أن يصيرَ علةً في ثاني الحال، وهذا يقرِّرُ أولًا في صلب الملك، ثم يبنىٰ عليه التقديمُ، والحكمُ يمتنع تارةً لعدم العلة وأخرىٰ بالتأخير بعد تحقيق العلة؛ كالأجل يؤخِّرُ المطالبة بعد تحقُّقِ علة الوجوب، وكذلك المدةُ في الإيلاء تؤخِّرُ الفراق بعد تحقق العلَّةِ؛ إذ الإيلاءُ كان طلاقًا بائنًا في الجاهلية، فزاد الشرعُ فيه مدةً، وكذلك الطلاق بعد المسيس علةٌ البينونة، والعدةُ أجَلٌ أخَّرَ حكم البينونة، ولذلك ظهر أثره في تحريم الخلوة والمسافِرةِ، والوطءُ لم يحرُمْ عندنا؛ لأنه رجعةٌ، ولو قال لزوجته: إذا مضي شهر فأنتِ طالق؛ لم يحرُمْ وطؤها في الحال، ولا تأثر النكاح به.

❁ **قلنا**: التعليق عندنا عِلَّةٌ في الحال للفراق في ثاني الحال؛ كما أن الطلقة الثانية في حق الرجعية علَّة ناجزةٌ للبينونة بعد مضيِّ المدة، والإيلاءُ عندهم علة ناجزة للبينونة بعدَ أربعة أشهرٍ، وكل واحدٍ لا يُعقِبُ في الحال أمرًا من تحريم متجدِّدٍ علىٰ المذهبين، فلا فرقَ، ثم حاصل هذا الكلام

يرجع إلىٰ تنازعٍ في اللفظ؛ إذ لا خلاف أن الطلاق والمعلق بمجيء وقتٍ يحصل الفراقُ فيه عند الوقت باللفظ السابق لا بالوقت، ولا يحصل عند اللفظ وفاقًا فما يوجب حكمًا متراخيًا، ومهما حصل أضيف إليه هل يسمَّىٰ باسْمِ العلةِ؟ هذا نزاع في لفظٍ، فنحن نقولُ: وإن لم يُسَمِّه الخصم علةً فينبغي أن يكون في معنىٰ العلة في تقيُّدها بشرط الولاية علىٰ المحل؛ لأنه لم يبق إلىٰ حصول الحكم ما يتجدَّدُ فيستحق إضافة الحكمِ، فكان في معنىٰ العلة الكاملة كما في الإيلاء والتعليق المطلَقِ، ولا فرقَ، وبهذا التأويل قال أبو حنيفةَ: يُقَدَّمُ كفارة القتل علىٰ الموت بعد الجَرْحِ، وإن كانت الكفارةُ تجب بالقتل، والقتلُ عبارة عن إزهاق الروح، والجُرح في الحال ليس بإزهاقٍ، ولكن يتصف بكونه إزهاقًا عند وقوع الموت من غير تجدُّدِ فِعْلٍ آخرَ من جهته، فكذلك التعليق يتصف بكونه تطليقًا عند وجود الصفة من غير تجدُّدِ شيءٍ آخرَ من جهته يعبَّرُ/ عنها ببعض أجزاء العلَّةِ، فكان في معنىٰ [٢٦٦/ب] العلة المنجَّزَةِ للحكم، وكذلك سمَّينا اليمين سببًا للكفارة؛ لأن اليمين الكاذبة هو السببُ، وإنما يصير كاذبًا بطلوع الشمس؛ مثلًا إذا حلف علىٰ أنها لا تطلُعُ أو بأمرٍ متجدِّدٍ لا يضاف إليه الوجوبُ، ولكن عنده تَتَّصِفُ اليمينُ بكونِه[1] كَذِبًا وخُلْفًا، وأعطينا له حكم العلة، وعُذْرُهم عن كفارة

---

(١) كذا في الأصل بعود الضمير، وهو مذكر، علىٰ اليمين، وهي مؤنثة، وهو يتخرج علىٰ الحمل علىٰ المعنىٰ بتذكير المؤنث؛ حمل اليمين علىٰ معنىٰ الحلف فذكرها، والحمل علىٰ المعنىٰ، كما يقول ابن جني في الخصائص: «واسعٌ في هذه اللغة جدًّا».
ومن شواهد حمل المذكر علىٰ المؤنث: قول ميمونة فيما رواه البخاري في صحيحه (٢٥٩)، قالت: «ثم أُتي [أي: النبي ﷺ] بمنديل، فلم ينفض بها»، قال العيني: «إنما أنث الضمير [يعني: في «بها»]؛ لأن «المنديل» في معنىٰ الخرقة. ومنه أيضا: ما حكاه غير=

القتل يبطُلُ بكفارة اليمين علىٰ ترك القتل؛ فإنهم لم يجوِّزوها بعد الجرح وقبل الموت، ولهذا أوجبنا العزم علىٰ شهود التعليق عند وجود الصفة لا علىٰ شهود الصفة؛ لأن كلامه لم يَصِرْ علةً بالصفة بل صار علةً بنفسِه عندَ الصفة، فكان لما أثبتوه حكم العلة في التفويت، فكذلك هذا، وهو واقع جدًّا، وعلىٰ الجملة لا يسلَّمُ لهم فرقٌ بين التعليق والإيلاء بحالٍ.

❊ **فإن قيل:** لو كان للتعليق حكم العلة لكان تطليقًا في الحال؛ فإن التطليقَ عبارة عن إيجاد علة الفراق، وقد أوجد، ولا خلاف أنه لو حلَف لا يطلقُ لا يحنَثُ بالتعليق.

❁ **قلنا:** ولا بالإيلاء، والسبب فيه أن اليمين تنزَّلُ علىٰ العُرف، وهذا أُقيم مقامَ التطليق بقضية عُقلت ليست عرفيةً، فلا تتناوله اليمينُ عُرْفًا؛ كما أن من حلف علىٰ أكل الرؤوس لم يحنَثْ برؤوس الطير وإن كان رأسًا تحقيقًا، ولكن لا يسمىٰ رأسًا اعتيادًا، وقد منع الحليميُّ[1] هذه المسألة

= واحد عن أبي عمرو بن العلاء: «أنه سمع رجلا من أهل اليمن يقول: «فلان لغوب جاءته كتابي فاحتقرها»، قال: فقلت له: أتقول: جاءته كتابي؟ فقال: نعم؛ أليس بصحيفة؟! قلت: فما اللغوب؟ قال: الأحمق». انظر: عمدة القاري، ٢٠٦/٣.

وانظر في الحمل علىٰ المعنىٰ بتأنيث المذكر: كتاب سيبويه، ٥٦٥/٣ ـ ٥٦٦، والأصول في النحو لابن السراج، ٤٧٦/٣ ـ ٤٨١، وإعراب الحديث النبوي للعكبري (ص٧٩، ٢٢٢، ٢٥٥ ـ ٢٥٦)، والخصائص لابن جني، ٤١١/٢، ٤١٥ ـ ٤١٩، وشواهد التوضيح لابن مالك، ص١٤٣ ـ ١٤٥، وص١٧٦ ـ ١٧٧، والأشباه والنظائر في النحو للسيوطي، ١٦٦/٣ ـ ١٦٨.

(١) هو الإمام أبو عبدالله الحسين بن الحسن بن محمد الحليمي، شيخ الشافعيين بما وراء النهر، قال فيه الحاكم أبو عبدالله: «أوحد الشافعيين بما وراء النهر، وأنظرهم بعد أستاذيه: أبي بكر القفال، وأبي بكر الأودني» ولد سنة ٣٣٨هـ، من مصنفاته: المنهاج في شعب=

وقال: يحنثُ به. وليس ذلك مذهبًا، والجواب ما ذكرناه، ولذلك لم يحنثْ بالإيلاء عندهم مع أنه طلاقٌ مُبينٌ.

❊ **فإن قيل**: سلَّمنا أن التعليق علةٌ للفراق عند وجود الصفة، ولكن الولاية علىٰ المحل يشترط لوقوع الطلاق ونفوذِه لا لصَدْرِ العلة من أهله؛ كما أن الأهلية لما اعتبرت عندهم لصدر العلة لم تغيرْ حالة النفوذ، فإن الصفة لو وجدت عند جنون المعلَّقِ وقع الطلاقُ.

❁ **قلنا**: مَن سلم كون التعليق علةً للفراق لم يمنَعِ اشتراط الولاية لانعقاد العلة، والدليل عليه الإيلاء، فإن الملك ليس بشرط لانعقاد اليمين ولا لترك الجماع المحلوف عليه، وإنما يراد لوقوع الفراق، وكذلك التعليق المطلقُ، والدليل عليه أنه لو قال لأجنبية: تزوجتُكِ علىٰ ألفٍ، وطلقتُك بمئةٍ، فقالت: زَوَّجْتُ وقَبِلَتُ الطلاقَ؛ انعقد التزويجُ ولم يقعِ الطلاقُ؛ لأن علة الطلاق قولُه: طلقْتُ، وقد صدر من أهلِه، ولكن لم يصادِفْ ولايةً علىٰ المحل مقرونةً به، وهذا مسلَّمٌ، وهو الدليل القاطع علىٰ اعتبار اشتراط الولاية مقرونة بوجود علة الفرقة، ولكن قالوا: قولُه: طلقتُكِ علىٰ ألفٍ؛ علةٌ كاملة في الحال وإن كان الحكمُ موقوفًا علىٰ القبول، وقولُه: أنتِ طالق إن دخَلْتِ؛ ليس علةً كاملةً، وعندنا لا فرقَ؛ إذ الطلاق علىٰ المال تعليقٌ بقبول المال، فهو كما لو قال: إن أعطيتِني ألفًا فأنتِ طالقٌ، فلا فرق بين وقوف الحكم علىٰ الإعطاء عند ذكر صيغة التعليق، وبين وقوفه عليه عند ذكر صيغة التنجيز، وهاتان الصورتان في غاية التقارُبْ، فليقَعِ الاعتصامُ بتلفيقهما وتكليفِ الخَصْمِ

= الإيمان (وهو من أحسن الكتب)، توفي سنة ٤٠٣هـ. ينظر: طبقات الشافية الكبرىٰ، للسبكي، ٤/٣٣٣.

[٢٦٧/أ] الفَرْقَ، وهو عسيرٌ عليه/.

※ فإن قيل: معتمدُكم الإيلاءُ، وهو كالتعليق المطلَقِ، والتعليق المطلق إنما لَغَىٰ لأن مطلق الكلام ينزَّلُ علىٰ الحال في أصل الصحة، ثم قد يؤثر في التفصيل في ثاني الحال كما يؤثِّرُ في حَلِّ اليمين في حالةِ البينونة؛ إذا عُلِّقَ في الملك، وهو بالإضافة إلىٰ الحال لَغْوٌ لا يُعْقَلُ، وإنما يضاف إلىٰ الملك إذا صرح به؛ كما لو قال لعبدِه: إن دَخَلْتَ الدارَ فأنتَ حرٌّ؛ يُحمل علىٰ دوام ملكه حتىٰ لو دخل بعد موته لم يَعْتِقْ، ولو صرح وقال: إن مِتُّ فدخَلْتَ الدارَ فأنت حرٌّ؛ نَفَذَ.

❁ قلنا: لا بل الصيغة عامةٌ، والعرف لا يخصِّصُ فوجَب إبقاؤه علىٰ العموم، وأما العرف يخصِّصُ تصرُّفَ مطلق الرجل بحال حياته، والعرف يقضي بأنَّ العاقل لا يطلِّقُ أجنبية، وأنه يكون مُضْمِرًا للنكاح في مطلق الطلاق، فالإيلاء علىٰ الضدِّ من مسألة الاستشهادِ، فكيف يلتئم التشبيه؟!

※ فإن قيل: يلزمُكم علىٰ مساقِ ما ادَّعيتموه من كون التعليق تصرفًا في العتق إبطالُ النذرِ والوصيةِ بالمال في حقِّ مَن لا ملك له.

❁ قلنا: إن أضاف إلىٰ عينٍ لا يملكه كقوله: لله عليَّ أن أُعتِقَ هذا العبدَ إن ملكتُه. أو: أوصيت لفلانٍ بهذا العبدِ. وهو لا يملِكُه؛ بطَلَ، وإن أطلق فهو التزامٌ في الذمة، وما وُجد منه علةٌ لزومٍ في الذمة وولايتُه ثابتةٌ علىٰ ذمته، ولهذا المعنىٰ كفىٰ الإطلاق ولم يُشترطْ تقدير الملك؛ بخلاف ما اعتقدوه في الطلاق[1].

(١) والفرق بين الطلاق والعتق من وجهين: =

※ **فإن قيل**: فلِمَ صحَّ من العبد تعليقُ ثلاث طلَقاتٍ، وهو لا يملك الثالثةَ؟ ولِمَ جاز أن يقول لجاريتِه: أوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينه فهو حرٌّ؛ والولد غير مملوك له؟

۞ **قلنا**: لا نسلِّمُ ففيهما منعٌ، ومن سلَّم فعُذْرُه أن العلة المفيدةَ لملك الطلقة الثالثة في حقِّ العبد نكاحُه عند حريتِه لا حريتُه، فلما وُجِدت علةُ الولاية كفىٰ ذلك لتصحيح علة الوقوع ولا وقوعَ معه، فإنهما متطابقان من هذا الوجه، وهو العذرُ عن الولد؛ لأن علة ملك الولد هو ملكُ الأم، وهو قائمٌ؛ فكفىٰ ذلك لتصحيح علة الحرية؛ إذ ملك الأصل قد يقامُ مُقامَ مِلْكِ الفرعِ في تصحيح التصرفات؛ كما أُقيم ملكُ الدار مُقامَ ملك المنافع وقَبْضُه مُقامَ قَبْضِه في تصحيح الإجارة قبل حدوث المنافع وقبلَ قَبْضِه.

※ **فإن قيل**: يملك في حالة الحيض تعليقَ الطلاق السنيِّ، ولا يملك تنجيزَه، فلو كان تعليقُه علةَ الطلاق في الحال لكان بدعيًّا.

۞ **قلنا**: البِدْعيُّ والسنيُّ وَصْفان يرجعان إلىٰ نفس الطلقاتِ الثلاثة[1] فإنه لا يملك ثلاثةً سنيةً وثلاثةً أخرىٰ بدعيةً، وإنما يكتسبُ الوصفَ من

= الأول: أن الطلاق ليس قربة إلىٰ الله تعالىٰ بخلاف العتق فإنه قربة، وكل قربة إلىٰ الله جاز انعقادها في الذمة، فلذلك جاز انعقاده معلقا علىٰ الملك بخلاف الطلاق.

الثاني: أن النذر يجب الوفاء به في حال العتق، أما من نذر الطلاق فلا يجب عليه الوفاء به، فإذا افترقا في النذر جاز أن يفترقا في اليمين. ينظر: المغني، ٥٢٦/٦.

(١) كذا في الأصل: «الثلاثة»، والجادة: الثلاث؛ لأن المعدود مؤنث، فوجبت المخالفة، والمثبت يتخرج علىٰ الحمل علىٰ المعنىٰ بتذكير المؤنث؛ حمل الطلقة وهي مؤنثة، علىٰ معنىٰ الطلاق وهو مذكر، وتقدم قريبًا التعليق علىٰ الحمل علىٰ المعنىٰ والعزو علىٰ مصادره.

مصادفتِه حكمِه زمانًا مخصوصًا، فإذا لم يصادِفِ الحكمُ ذلك، لم يُشتقَّ للعلة ذلك الوصف، وهذا بيِّنٌ لا تناقُضَ فيه، ورجَع حاصلُ الكلام إلىٰ أنَّ تعليقَ الطلاق بإعطاء المالِ علةٌ في الحال لوقوع الفراق عند الإعطاء؛ كما أن قولَه: أنتِ طالقٌ علىٰ مالٍ؛ علةٌ لوقوع الفراق عند التزام المال، لا فرقَ بينهما، فما يُشترط من الولاية في المرتبط بالالتزام يُشترط في المعلَّقِ بالإعطاء لعدم الفَرْقِ.



مَسْأَلَة: الأَولىٰ التدرُّجُ في التطليقات، ولكِنْ لو جمَع بين ثِنتين أو ثلاثٍ، فلا نَصِفُ فِعْلَه بتحريم ولا كراهيةٍ؛ بل نقولُ/: تَرك الأَولىٰ[1]، وليس في ترك الأَولىٰ كراهيةٌ؛ إذ تركُ استيعاب الأوقات بالعبادات تركٌ للأولىٰ وليس بمكروهٍ، ونَعْني بالمحرَّمِ ما يُعَصَّىٰ فاعلُه أو يعاقِبُ علىٰ فعله علىٰ اصطلاح الفقهاء بالمكروه: ما نُهي عنه ولا يُعاقَبُ علىٰ فِعْلِه، ولكِنَّ فِعْلَه ارتكابٌ لنهي الشرعِ من غير تعرُّضٍ لعقوبةٍ.

[٢٦٧/ب]

وقال أبو حنيفةَ: الجَمْعُ محرَّمٌ. وقد يقولون: إنه مكروهٌ[2]، وإن فسَّروا

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ١٠/١١٧، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٤/١٢، والوسيط، ٥/٣٦١، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٨/٩.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٦/٤، وبدائع الصنائع، ٣/٩٤، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/١٩٠، وفتح القدير، لابن الهمام، ٣/٤٦٨، وهو مذهب المالكية، ورواية عن الإمام أحمد، وهي المقدمة في مذهبه. ينظر: المقدمات الممهدات، ١/٢٦٦، والفواكه الدواني، ٢/٣١، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٢/٤٥٩، وكشاف القناع، ٥/٢٤٠، وعن الإمام أحمد أن جمع الطلقتين والثلاثة طلاق سني، وهو رواية عن الإمام أحمد. ينظر شرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٢/٤٥٨.

بترك الأولىٰ سلَّمْناه، وإن حكموا بالتعصية وعقوبةِ المحظورات أو زعموا أنه منهيٌّ عنه شرْعًا، فعليهم الدليل، والنهيُ يعرفُ بالنص علىٰ النهي، أو بالقياس علىٰ منهي عنه، ولكِنَّا لإقامة رسم الابتداء نستشهد بمسألةٍ ونستنطقهم بذكْرِ مستندهم.

فنقولُ: طلَقاتٌ مملوكة يحل تفريقُها علىٰ أقراءٍ، فيحِلُّ تفريقها علىٰ أيامِ قرءٍ واحد قياسًا علىٰ طلقات النسوة، والغرض التلفيقُ وقَطْعُ مدارك الفروع، وإنما فرضنا في التفريق علىٰ قرءٍ واحد ليظهر الكلامُ، فإنهم يحرِّمون ذلك أيضًا، والعجب أنهم جوَّزوا تعليق الثلاث دفعةً واحدةً علىٰ ثلاثة أقراءٍ، ولم يجوزوا أن يطلقَ في قُرْءٍ واحدٍ مرةً واحدةً بعد أخرىٰ لا بطريق التعليق دَفْعةً واحدة.

❊ **فإن قيل:** مستند النهي ما رُويَ أن رجلًا طلَّق زوجتَه ثلاثًا فغضب رسول الله ﷺ حتىٰ احمرَّتْ وَجْنَتاه وقال: «**تَلْعَبُونَ بِكِتَابِ اللهِ وَأَنَا بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ**»[1].

۞ **قلنا:** لم يصِحَّ هذا، وإنما الصحيحُ أنه طلَّق ألْفًا، وهو اللعِبُ بالكتاب الذي يُدْرِكُه كلُّ عاميٍّ فيستوجِبُ الغضبَ به، أما من لم يفهمْ من الكتاب تحريمَ الجمعِ فمِنَ العوامِّ، فهو معذورٌ؛ إذ الفقهاءُ لم يفهموا بطول التأمُّلِ فكيف يستوجب العاميُّ عليه الغضبَ.

---

(١) أخرجه النسائي في السنن الكبرىٰ، ٥٤٥/٧ (٥٧٧٥) باب طلاق الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ، من حديث مخرمة عن أبيه عن محمود بن لبيد، قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعًا، فقام غضبانًا، ثم قال: «**أَيُلْعَبُ** بكتاب اللهِ وأنا بين أظهُرِكم»، حتىٰ قام رجل فقال: يا رسول الله؛ ألا أقتله. وقال النسائي في آخره: لا أعلم أحدًا روىٰ هذا الحديث غير مخرمة.

❊ **فإن قيل:** قال اللهُ تعالىٰ في كتابه: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍۗ﴾(١)، فمن طلق جمعًا مرةً واحدة فقد لعِبَ بالكتاب.

❁ **قلنا:** فمن طلق في ثلاثة أيام في قرءٍ واحد كيف يكون لاعبًا؟ ومن علَّق الثلاث دفعة واحدةً علىٰ ثلاثة أقراءٍ؛ هلَّا كان لاعبًا! ثم الآيةُ ينبغي أن تقتضي أن الطلاقَ لا يقعُ؛ لأنه شرع كذلك فخالف المشروعَ، فمن أين عُرِف أن نفوذه مشروعٌ؟ ليس ذلك إلا لأنَّ المفهوم من الآية أن الشرع أثبت طريق التدرُّجِ وقطع المستدرك بالمرة الثالثة، وهذا لا يوجب أن يسلك طريق التدرُّجِ بل يوجب تمهيدَ السبيل لمن أراده.

❊ **فإن قيل:** قال ابنُ عمرَ لرسول الله ﷺ لما أنْ أمره بمراجعةِ زوجته عن طلاقٍ في حالة الحيضِ: أرأيتَ لو طلقتُها ثلاثًا؟ فقال ﷺ: «إِذًا عَصَيْتَ رَبَّكَ وَبَانَتْ زَوْجَتُكَ»(٢).

ولا يمكن إحالة المعصية علىٰ الحيضِ؛ لأنه سأل عن الجمعِ، فترتب علىٰ كلامِه، ولأنه إذ عرَّفَه تحريم الطلقة الواحدة في الحيض كان لا يخفىٰ

---

(١) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٢٩).

(٢) ليس هذا الكلام منسوبًا للنبي ﷺ في شيء من متون الحديث، والصحيح نسبته إلىٰ ابن عمر كما في صحيح مسلم، ١٠٩٤/٢ (١٤٧١/٣) من طريق نافع، أن ابن عمر، طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر النبي ﷺ، فأمره أن يرجعها، ثم يمهلها حتىٰ تحيض حيضة أخرىٰ، ثم يمهلها حتىٰ تطهر، ثم يطلقها قبل أن يمسها، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء. قال: فكان ابن عمر إذا سئل عن الرجل يطلق امرأته وهي حائض، يقول: أما أنت طلقتها واحدة أو اثنتين، إن رسول الله ﷺ أمره أن يرجعها، ثم يمهلها حتىٰ تحيض حيضة أخرىٰ، ثم يمهلها حتىٰ تطهر، ثم يطلقها قبل أن يمسها، وأما أنت طلقتها ثلاثًا، فقد عصيتَ ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك، وبانت منك.

عليه أن الثلاثَ بالتحريم أَولىٰ.

۞ قلنا: كأنَّ ابنَ عمر لم يسمَعْ إلا أمْرَ عمرَ إياه بالمراجعة لما قال رسول الله ﷺ لعمر: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا**»[1]، قال: كيف تجِبُ المراجعة وكان إليَّ/ قطعُها بالطلقات الثلاث؟! فنبهه رسول الله ﷺ علىٰ أنه لو فعل ذلك يحصل له المعصيةُ وبينونةُ الزوجة؛ أي: عُسْرُ التدارُكِ، وهذا هو أظهر الاحتمالين إن كان ما ذكروه محتملًا، فكيف يصحُّ التعلُّق به؟ ثم جميع ذلك يعارِضُه ما روي أن العَجْلانيَّ قال في زوجته: هي طالقٌ ثلاثًا إن أمسكتُها. ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ؛ وتَرْكُ البيانِ في محلِّ الحاجة حُجَّةٌ قاطعةٌ. [٢٦٨/أ]

فإن: قيل قال رسول الله ﷺ: «**أَبْغَضُ المُبَاحَاتِ إِلَىٰ اللهِ تَعَالَىٰ الطَّلَاقُ**»[2]، وأقل درجات البغض الكراهةُ.

۞ قلنا: لم يخصَّصْ ذلك بالجمع، فليُحْمَلْ علىٰ وجه يجري في كل طلاق حتىٰ يكونَ مع وصف الإباحة مقارِنًا، والكراهةُ والإباحة لا يجتمعانِ؛ لأن معنىٰ الإباحةِ: التخييرُ بينَ الفِعْل والتَّرْكِ، ومعنىٰ الكراهة: جَزْمُ النهي عن الفعل مع الإخبار بسقوط العقاب عند الفعل. فإذًا البغض والغضب من الله عبارة عن إرادة العقاب، وليس المرادُ به عقابَ دار الآخرةِ بالإجماع، فالمعنيُّ

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، ٤١/٧ (٥٢٥١، ٥٢٥٢) باب: إذا طلقت الحائض تعتد بذلك الطلاق، ومسلم، ١٠٩٣/٢ - ١٠٩٦ (١٤٧١/١، ٢، ٤، ٥، ٦، ١١، ١٢) باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها.

(٢) أخرجه ابن ماجه، ٦٥٠/١ (٢٠١٨)، وأبو داود، ٢٥٥/٢ (٢١٧٨) باب في كراهية الطلاق، والبيهقي في السنن الكبرىٰ، ٥٢٧/٧ باب ما جاء في كراهية الطلاق، وضعفه الألباني في إرواء الغليل ١٠٦/٧، وكلُّهم بلفظ: «**أَبْغَضُ الحَلَالِ إِلَىٰ اللهِ الطَّلَاقُ**».

به عقابٌ مُنَجَّزٌ، وهو التأذِّي بفراقِها، والتندُّمُ علىٰ طلاقها، والحاجةُ إليها وإلىٰ غيرها، والغالبُ أنَّ تصرُّفَ الطلاقِ لا ينفَكُّ عن استعقابِ وَحْشةٍ ومكروهٍ، وعليه يتعيَّنُ التنزيلُ حتىٰ يتسيَّرَ التلفيقُ بينَ وَصْفِ البغض والإباحة في كل طلاق.

❊ **فإن قيل**: عقد النكاح سنةٌ نَدَب الشرعُ إلىٰ تقريرها، وتشوَّفَ إلىٰ إدامتها، وحثَّ عليها، وقَطْعُ السنة مكروهٌ، وقد قال ﷺ: «**النِّكَاحُ سُنَّتِي؛ فَمَنْ أَحَبَّ فِطْرَتِي فَلْيَسْتَنَّ بِسُنَّتِي**»[1]، وقال: «**مَنْ رَغِبَ عَنِ النِّكَاحِ فَلَيْسَ مِنَّا**».

۞ قلنا: المطلِّقُ ليس راغبًا عن النكاح، ولكنه مستبدلٌ بها غيرَها؛ كمن تَعْرِضُ عليه المرأةُ المَعيبةُ نفسَها، فيرغب عنها كما رغب رسول الله ﷺ عن الواهبة نفسَها، لا يكون معرضًا عن النكاح إنما يكون مُعْرِضًا عن المنكوحة، كيف وقطعُ السنة عندنا ليس بمكروهٍ؟! فالتطوع لا يلزم بالشُّروعِ، وبالإجماع تَرْكُ النكاح أصلًا ليس بمحرَّمٍ ولا مكروهٍ، نعم اختلفوا في أنه أفضلُ أم التخلِّي لعبادة الله تعالىٰ، ولم يذهَبْ أحدٌ إلىٰ

(١) أخرجه ابن ماجه، ١/٥٩٢ (١٨٤٦) من حديث عائشة ﵂، ولفظه: «**النِّكَاحُ مِنْ سُنَّتِي، فَمَنْ لَمْ يَعْمَلْ بِسُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي، وَتَزَوَّجُوا؛ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الأُمَمَ، وَمَنْ كَانَ ذَا طَوْلٍ فَلْيَنْكِحْ، وَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَعَلَيْهِ بِالصِّيَامِ؛ فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وِجَاءٌ**»، وقال في البدر المنير، ٧/٤٢٥: ضعيف، ويغني عنه حديث أنس الثابت في «الصحيحين»: «أن نفرًا من أصحاب النبي ـ ﷺ ـ قال بعضهم: لا أتزوج، وقال بعضهم: أصلي ولا أنام، وقال بعضهم: أصوم ولا أفطر، فبلغ ذلك رسول الله ـ ﷺ ـ فقال: «**مَا بَالُ أَقْوَامٍ قَالُوا كَذَا وَكَذَا! لَكِنِّي أَصُومُ وَأُفْطِرُ، وَأُصَلِّي وَأَنَامُ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ؛ فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي**».

وجوبه أو إلىٰ الكراهة في تركِه، وأما الخبر فمعناه: الزجرُ عن الإعراض عن النكاح علىٰ عادة الرهابِنة علىٰ اعتقاد أنَّ فيه كسرَ الشهوةِ؛ إذ قال ﷺ لواحد من المتنسِّكينَ: «**إِنْ كُنْتَ مِنَّا فَانْكِحْ، وَإِنْ كُنْتَ مِنْ رَهَابِينِ النَّصَارَىٰ فَالْحَقْ بِهِمْ**»[1]، فمَن ترك الأصل علىٰ هذا العزم أو طلَّق علىٰ هذا العزم فهو مقتحمٌ نهيَه لعزمه واعتقاده لا لفعله، وذلك أيضًا جارٍ في الطلقة الواحدةِ، فلا يختص بالجمع.

❊ **فإن قيل**: حُرِّمَ الطلاقُ في حال الحيض مع الملك في طُهْرٍ جامعها فيه فليُحرَّمِ الجمعُ.

❁ **قلنا**: لمَ؟ وما وَجْهُ المناسبة؟ وهلَّا حُرِّمَ التعليق بالأقراء الثلاثة كذلك! والتحريمُ فيه غيرُ معلَّلٍ، وإن علِّلَ فيعلَّلُ في الحيض بتطويل العدة في طُهْرٍ جرىٰ فيه الوِقاعُ بتوقع الولد، وفي كل واحدٍ إضرارٌ بالغير، فأما إذا طلق ثلاثًا/ وهو بصير بشأنِه غيرُ مُضِرٍّ بغيرِه، فَلِمَ يُحَرَّمُ؟ [٢٦٨/ب]

❊ **فإن قيل**: الأصلُ في الطلاق التحريم، والإباحةُ للحاجة، ولذلك لم يُبَحْ في الحيض؛ فإنه حالةُ نُفْرةِ الطبع، فقد يتخيَّلُ الإنسانُ حاجةً لنفرته، ولا حاصل له، وكذلك في الطهر إذا قضىٰ وَطَرَه وكسَر شهوته بالجِماع؛ لأن

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير، ٦٢/٦ (٥٥١٩) من حديث سعيد بن العاص: أن عثمان بن مظعون قال: يا رسول الله، ائذن لي في الاختصاء، فقال له: «**يَا عُثْمَانُ، إِنَّ اللهَ قَدْ أَبْدَلَنَا بِالرَّهْبَانِيَّةِ الْحَنَفِيَّةَ السَّمْحَةَ، وَالتَّكْبِير عَلَىٰ كُلِّ شُرُفٍ، فَإِنْ كُنْتَ مِنَّا فَاصْنَعْ كَمَا نَصْنَعُ**». وقال في مجمع الزوائد، ٢٥٢/٤: رواه الطبراني، وفيه إبراهيم بن زكريا، وهو ضعيف.

ذلك أيضًا يورِثُ نُفرةً، ولا حاجة إلىٰ الجمع فينبغي أن يحرَّمَ.

۞ **قلنا:** مَن سلَّمَ أنَّ الأصل هو التحريمُ؟ بل الأصلُ أنَّ مَن ملَك شيئًا ملك إسقاطَه، وأنَّه إذا ملك الإسقاط أُبيح الإسقاط إلا أن يضُرَّ بغيره؛ فهذه تحكُّماتٌ، نعم لا ننكر أن أصلِ التصرُّفاتِ منوطٌ بالحاجة، فالنكاح والبيع والإجارة جوزت للحاجة ولو علَّق طلاق أجنبية بالنكاح صحَّ نكاحُه ووقع الطلاقُ عندكم، ولا حاجة لا إلىٰ النكاح ولا إلىٰ تعليق الطلاق عليه، ثم ما الحاجة التي تفرض في تعليق الطلاق دفعةً واحدةً بثلاثة أقراءٍ، ولا يمكن فرضُها في تفريقها علىٰ ثلاثةأيام في قرءٍ واحد؟

۞ **فإن قيل:** كما يمتنع الإضرار بالغير يمتنع الإضرار بالنفس، وهو مضرٌّ بنفسه في الجمع من وجهين مع الاستغناء عنه؛ أحدهما: أنه حسم بابَ التدارك فربما يندمُ، والآخر: أنه أحبط ملكه من غير حاجة وغرضٍ، وإتلافُ الأموال إسرافٌ؛ لأنه تفويت من غير غرضٍ، فكذلك الزيادة علىٰ الواحدة تفويتٌ من غير غرض.

۞ **قلنا:** أما فصل التضرر بقطع التدارك يبطُلُ بتعليق الثلاثِ دفعة واحدةً علىٰ أقراءٍ، وعكسه بالجمع بين طلقتين وبتعليق طلاق المرأة علىٰ النكاح مع الإقدام علىٰ النكاح؛ فإنه تفويتُ مهرٍ من غير غرضٍ، وتفويتُ ملك البضع بالتعليق السابق من غير غرض مع حسم سبيل التدارك؛ إذ لا رَجعةَ فيه، وأما قولهم: إنه تفويتٌ من غير غرضٍ.

۞ **قلنا:** وإنما حرم ذلك في المال؛ لأن المال يصلح لحاجته وحاجة المسلمين، فيُمنع عن تضييعه، والطلاق يحتاج إليه غيرُه، وهو إذا عزم

علىٰ تسريح زوجته لا يحتاج إلىٰ طلاقها، فلِمَ يُحجر عليه في إيقاعه؟ أو هَلَّا حُجِر عليه في التنفيذ حتىٰ لا ينفِّذَ! وهذا لا جواب عنه؛ علىٰ أنه قد يبتلىٰ الرجل بالمرأة المومسة ويرىٰ الحزْمَ والمصلحةَ في مفارقتها، وهو لا يملك نفسه في الصبر عنها، فيحذر مراجعتها فيحسم علىٰ نفسه باب المراجعة ويراه عينَ الصواب والحزمَ، أو يتوسل بحسم باب الرجوع إلىٰ استمالة قلب زوجته الأخرىٰ التي يرىٰ الصلاح في إبقائها، وبمثل هذه الأغراض علىٰ بعدها يحوز احتمال الخسران في الأحوال التي هي مَناطُ حاجات الخلقِ، فكيف لا يجوز تفويت الطلاق؟ فدلَّ أن هذه المسالك المتبدِّدةَ لا يصبر علىٰ السَّبْرِ واحدٌ منها، وإذا بطل مدركُ الكراهة والتحريم وجَب الاستمرارُ علىٰ الأصل كما رآه الشافعيُّ.



مَسْأَلَة: الكناياتُ لا تقطعُ الرجعةَ[1]، وقال أبو حنيفة: تنقطِعُ الرجعةُ بجميعها إلا بثلاثٍ؛ قولُه: اعتدىٰ واستَبْرِيْ رَحِمَك. و: أنتِ واحدةٌ[2]؛ فأما

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ١٠/١٦١، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٠/١٠٩، وتكملة المجموع، للمطيعي، ١٧/١٢٣.

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء، ٢/١٧٦، وبدائع الصنائع، ٣/١٠٥، والاختيار في تعليل المختار، ٣/١٣٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/٢١٥، وقال المالكية: الكنايات الظاهرة ـ وهي قوله: أنت خلية وبرية وبتة وبتلة وبائن وحرام وفارقتك وسرحتك ـ يقع بها الثلاث إذا خاطب بها مدخولًا بها، سواء نوىٰ بها الطلاق أو لم ينو. وإن خاطب بها غير مدخول بها، فإن لم ينو الطلاق، وقع بها الثلاث، وإن نوىٰ الطلاق وقع ما نواه، وعند الحنابلة: الكنايات الظاهرة إذا نوىٰ بها الطلاق كانت ثلاثًا مطلقًا. ينظر: بداية المجتهد، ٢/٦٢، وجامع الأمهات، ص٢٩٦، والفواكه الدواني، ٢/٣٥، ورؤوس المسائل الخلافية،=

قولُه: أنتِ بائنٌ، و: خليَّةٌ، و: بَرِيَّةٌ، و: بَتَّةٌ، و: بَتْلةٌ، و: سافري، و: أخرجي؛ كلُّ/ ذلك بوائنُ. وحقيقةُ المسألة ترجع إلىٰ أن الإبانة هل هي مملوكة بعد المسيس من غير عوض ولا استيفاءٍ، وعنده أنها مملوكة له، وأنَّ لفظ الإبانة دلَّت عليه، وعندنا أنها غيرُ مملوكةٍ، ودليلنا انعقاد الإجماع علىٰ أن الرجعة لا تنقطع بقولِه: أنتِ طالقٌ، ولا تحصُلُ البينونةُ، فلا يخلو، أما إن كان ذلك من حيث إن البينونةَ غيرُ مملوكةٍ له، أو هي من حيث إن اللفظ قاصرٌ عن الدلالة عليه، ولا قصورَ في اللفظ؛ بدليل حصولها بمجرد الطلاق قبل المسيس، وإنباء اللفظ عن موضوعه في اللسان لا يختلِفُ بالمسيس وعَدَمِه، فدلَّ أن سببه فَقْدُ المِلْكِ، ولا وجهَ للمناقشة في دلالة اللفظ؛ فإنَّ الطلاق أدلُّ الألفاظ علىٰ مضادَّةِ النكاح والانطلاقِ عن قيوده.

[٢٦٩/١]

❊ **فإن قيل:** القياس يقتضي انقطاع الرجعة بهذه اللفظة، ولكن ثبت ذلك بالنص علىٰ خلاف القياس، فوجب الاقتصارُ عليه ورَدُّ الباقي إلىٰ قانون القياس.

◈ **قلنا:** قولُكم: إنه علىٰ خلاف القياس؛ لا نسلِّمُ، فأنتم مطالَبون ببيان قياسٍ يقتضي ذلك، ثم بيانِ أن النصَّ مخالفٌ له.

❊ **فإن قيل:** قياسُ ما قبلَ المسيس يقتضي ذلك.

◈ **قلنا:** لمَ؟ وما وجه الجمع؟ وما علَّةُ البينونة قبل المسيس حتىٰ يتبينَ تحققُه بعدَ المسيس؟ ولا سببَ له عندنا إلا أنه جُعل طريقًا للأبانة

= ٨٠٥/٢، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٤٨٣/٨، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٨٨/٣.

فسلك طريقَه، ولم يجعلْه الشرع بعد المسيس طريقًا.

فيبقىٰ أن يقولَ: ما كان طريقًا قبل المسيس ينبغي أن يكون طريقًا بعدَ المسيسِ؛ لأنه في معناه.

❁ **قلنا:** ليس كذلك؛ هو في معناه من حيث إنباءُ اللفظ ودلالتُه، فأما مِن حيثُ اكتسابُ العقد قرارًا بالزِّفاف والمسيس، ووقوعُ الالتقاء بين الزوجين، وحصولُ المقصود، واستقرارُ العِوَضِ من أحد الجانبين المناسبِ لحصول نَوعِ قرارٍ من الجانب الآخر: ليس[1] في معناه؛ بل القياسُ الفرقُ بينهما لما نبَّهْنا عليه، وعلىٰ وَفْقِه ورَدَ الشرعُ.

❊ **فإن قيل:** الطلاقُ إسقاطٌ كالإعتاق والإبراءِ، ثم لا تَستعقِبُ الإسقاطاتُ رجوعًا؛ فكذلك الطلاق.

❁ **قلنا:** ومِن أي وجه يلزمُه طردُ قياس الإبراء والإعتاق في الطلاق؟ مع أن النكاح مندوبٌ إليه، والطلاق عندكم محرَّمٌ بأصله، والإباحةُ بِعارِضٍ، والشرعُ متشوِّفٌ إلىٰ دفعه، ثم بعد الوقوعِ إلىٰ تدارُكِه، والإبراء والإعتاق مندوب بأصله، والشرع متشوِّفٌ إلىٰ إيقاعه، فإن كان الجمع يوافق نَوْعًا مِن الرأي، فالفرق الذي نطق الشرع به أيضاً يوافق نوعاً من الرأي، فَلِمَ تحكُّمُ الخصمِ بنسبة الشرع إلىٰ نقض قياسه الذي وضعه؟ وعلىٰ الجملة الخصمُ في طريقه مُضْطَرٌّ إلىٰ نسبة الشرع إلىٰ نقض قياسه في تمييز لفظة الطلاق مِن بين سائر الألفاظ علىٰ وجه لا يُفْهِمُ معنًىٰ بحالٍ، فتنزيله علىٰ اكتساب النكاح قرارًا من الاتصال بالمقصود، ووقوعُ الائتلاف بين القلوب

(١) كذا في الأصل، والجادة: «فليس» جوابًا ل «أما».

أَولىٰ؛ فإنه موافق لمصالح الخلق، ومعقولٌ في نفسه لو وقع التصريحُ به.

ثم نقولُ: إن سُلِّمَ أنه علىٰ خلاف القياس فسائر ألفاظ الطلاق في معناه، فإن هذا الحكم ثبت لحقيقة الطلاق لا لِلَفْظِه، وكذلك ثبت في قولِه: / اعتدِّي، و: استَبْرِيْ رَحِمَكِ، و: أنت واحدةٌ، ولم يوجد لفظ الطلاق، ولكن الواقعَ به الطلاقُ، والشرع جعل الطلاق علىٰ خلاف القياس رجعيًّا، وهذا طلاقٌ حقيقةً، وإن لم يكن طلاقًا لفظًا، فكذلك لفظ البينونة حكَم الطلاق حقيقةً وإن لم يكنْ لفظةَ الطلاقِ؛ إذ ليس في النكاح فراقٌ يحصل بكناية الزوج وصريحه سوىٰ حقيقةِ الطلاق، والدليل عليه أن الحَصْرَ لم يرِدْ إلا في الطلاق؛ كما أن الرجعة لم ترِدْ إلا في الطلاق، ثم لو أبانها ثلاث مرات لم يحِلَّ له النكاحُ؛ لأن كلَّ إبانةٍ طلاقٌ، وإنما المخالف هو اللفْظُ، وهذا قاطعٌ في نفسه. [٢٦٩/ب]

❊ **فإن قيل**: ليس هذا في معنىٰ الطلاق من حيث إن لفظ الإبانة في الإشارة إلىٰ الانقطاع أقوىٰ من لفظ الطلاق، فإذا ثبت تعبُّدٌ في لفظ ضعيف لا يُلْحَقُ به ما هو فوقه في القوة.

❁ **قلنا**: قد بينَّا أن الحاصل بالبينونة طلاقٌ بدليلِ الحصر، بقِيَ أنه مفتقِرٌ إلىٰ النية، والطلاق صريحٌ، ومن عجيب الكلام تقديمُ الكناية في القوة علىٰ الصريح، فإنْ زعموا أن لفظ الإبانةِ تعمل بنفسِها، وإنما النية لتعيين جِهة الإبانة.

❁ **قلنا**: ولفظ الطلاق يعملُ بنفسه أيضًا، فاستويا فيه وافترقا في أن لفظ الإبانة بالإضافة إلىٰ المقصود مُجْمَلٌ مُرَدَّدٌ افتقر إلىٰ التعيين، ولفظُ

الطلاق لا إجمالَ فيه، فانفكاكه عن الإجمال كيف أورث ضعفًا فيه مع أنه اللفظُ المخصوص بالنكاح بينَ الزوجين، والإبانةُ تطلق بين المتجاورين والمتصادفين وجميعِ المشترِكين في العلائق. ثم نقولُ: كيف اعتقدوا أنَّ قولَه: سافري، و: اخرُجي؛ أقوىٰ مِن قوله: أنتِ طالق؛ في الإشعار بمقصود الطلاق؟ وكيف لا يُفْضي العجب ممن يدفع إلىٰ هذه الحِيَلِ البعيدة مرامُها الضيقةِ محالُّها، ثم لا يتفطَّنُ لعدولِه عن الجادَّة حتىٰ يعودَ إليها، فيتخلَّصَ من المراوغة والاحتيال، هذا مع أن الكلام صادرٌ من أبي حنيفة وهو متوسِّعٌ في الرأي والزيادة علىٰ موارد النصوص في مظانِّ التعبُّداتِ، فكيف في المعاملات المعقولة؟!

❊ فإن قيل: لفظ الطلاق سبَّاق إلىٰ الألسنة في أحوال المنازعة والغضب، فلا يبعُدُ أن يكون للشرع رأيٌ في إدامة النكاح إلا عند تأكيد العَزْمِ وتخمير الرأي، ولا يظهرُ تأكُّدُ العزم إلا بقرينةٍ، وهو العدول إلىٰ لفظةٍ أخرىٰ أو إضافةُ عِوَضٍ إليه، وما أثبت لنوعِ حاجةٍ ومصلحة يثبُت في مظِنَّةِ الحاجة، ولفظ الطلاق في مظنة الحاجة بخلاف سائر الألفاظ.

۞ قلنا: يبطُل بقوله: استبْرِيْ رحمكِ، و: اعتدِّي، و: أنت واحدةٌ، ثم نقولُ: ما عدىٰ لفظَ الطلاق في معنىٰ لفظ الطلاق إذا أُخذ من هذا المأخذ إلا إذا ادُّعِيَ أن ما عداه آكدُ وأقوىٰ في الإفادة، وقد أبطلْنا هذا الخيالَ.

❊ فإن قيل: إن دلَّ لكم بقاءُ الرجعة بعد الطلاق علىٰ أن الإبانة غيرُ مملوكة له، دل لنا انقطاع الرجعة عند العوض أن البينونة مملوكةٌ له؛ لأن العِوَضَ مبذول في مقابلة التخليصِ فِداءً، ولا فداءَ إلا بالإبانة، فلِمَ/ لم [٢٧٠/أ]

يملكْها لما جاز له أخذُ العوض عنها.

❁ **قلنا:** لسنا نسلِّم أن العوض مأخوذ عن البينونة، ولكنه مأخوذ عن الطلاق، ثم الطلاق بالعوض بينونةٌ، والبينونة من أثر العوض، وهو كالتمليك بالعوض يوجِبُ إبانةَ الملك في الحال، ثم لو حاول إبانة الملك في الهبة من غير عوض قبلَ التأكد بالقبض لم يجُزْ، وذلك لا يدلُّ علىٰ قدرته علىٰ الإلزام دون العوض، بل قيل: هو قادرٌ علىٰ بثِّ الملك، ولكن إذا سلَك طريقَه ـ وطريقُه المعاوضةُ ـ فكذلك الإبانة مملوكة له بطريقه، وهو استيفاءُ العَدَدِ أو التوقفُ إلىٰ انقضاء العدة، أو الطلاقُ علىٰ العوض، والدليل عليه أنه لو قال: أنتِ طالق علىٰ ألفٍ؛ انقطع الرجعةُ، واللفظُ لفظ الطلاق، وهو محل التعبُّدِ أو محلُّ قصورِ اللفظ، ولفظُ الطلاق لا يقطعُ الرجعةَ، ولا أثرَ لقرينة العوضِ، فلِمَ انقطعَ؟ فسيقولُ: انقطع بقرينة العوض.

❁ **قلنا:** فكذلك عندنا، وهذا القلبُ لازمٌ لا محيصَ عنه.

❁ **فإن قيل:** لو كان الطلاق بالعوض بينونةً، ولم تكن البينونةُ في مقابلتها العِوَضُ، فكان تندفع البينونة إذا فسد العوضُ مهما خالع علىٰ خَمْرٍ أو خنزيرٍ؛ فإنه لا ثباتَ للعوض، فلمَ حصلَتِ البينونةُ؟

❁ **قلنا:** وينقلب عليهم في لفظ الطلاق، فإن زعموا أن قرينةَ طلب أصل العوض قَطَعَ الرجعة.

❁ **قلنا:** طلبُه لأصل العوض صحيحٌ، والفساد في تفصيله، والطلاق بالعوض إبانةٌ، وهذا طلاقٌ بعوضٍ صحَّ باعتبار أصله، وبطَل باعتبار صفته، فكانت بينونةً باعتبار أصل العوض.

❁ مَسْأَلَة: إذا قال لعبده أو أَمَتِه: أنتِ طالق، أو: طلقتُكِ، ونوىٰ العِتاقَ؛ نَفَذَ[1]؛ خلافًا له[2]، والمعتمدُ أن العِتاقَ يحصُلُ بكلِّ لفظ محتمِلٍ، ولفظ الطلاق محتمِلٌ له، فحصل به.

فإن قال: نسلِّم أن العتاق يحصل بكل لفظٍ يحتمِلُه ولكن لا نسلِّمُ أن الطلاق يحتمله.

❁ قلنا: وجه احتماله أن الطلاق في وضع اللسان لحَلِّ القيد، والعبدُ مقيَّدٌ بقيد الرِّقِّ، فمعنىٰ قوله: طلقتُكِ؛ أي: حَلَلْتُ عنك قيدَ الرقِّ، ولو صرح بقوله: حللتُ عنك قيد الرق، وقصد العِتاقَ عَتَقَ، فقوله: طلقت وأطلقت هو عينُ معناه لا يفارقه إلا في إيجاز اللفظ، فإن منعوا ذلك تعيَّن نَقْلُ الكلام إليه، ونرقىٰ في الوضوح عن رتبة الظُّنون، فإنَّا نسعىٰ ونتكلَّفُ لنربطَ احتمالًا باللفظ، ومهما قال لعبده: حللتُ عنكَ قيدَ الرقِّ وفكَكْتُ عنك وِثاقَه؛ فالمتكلِّفُ مَن يُبدي احتمالًا فيه سوىٰ العتقِ حتىٰ يحوِجَه إلىٰ النية أو ظهورِه إلىٰ حدٍّ يجبُ أن يكون صريحًا، فإنه لا يفهم منه إلا العتقُ، فإذا تلفَّظ به مَن قصد العِتقَ كيف يكون مائلًا عن استعمال الكلام المُفْهِمِ، ومهما طُلِّقَتِ المرأة بقول الرجل لها: حَبْلُكِ علىٰ غارِبِكِ، و: سافري، و: اخرُجي، فبأن يُفيدَ العتقَ بقوله: حللت عنك قيدَ الرقِّ أو: فككْتُ عنك وِثاقَه، أو: رفعْتُ

(١) ينظر: المهذب، للشيرازي، ٢/٢، وحاشية الجمل علىٰ شرح المنهج، ٣٣٠/٤، وهو مذهب المالكية، ورواية عن الإمام أحمد. ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ٥٧٦/٢، والمغني، ٤٣٧/١٤.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٦٣/٧، وتحفة الفقهاء، ٢٥٧/٢، وبدائع الصنائع، ٥٤/٤، والبناية شرح الهداية، ٢١/٦، وهو رواية عن الإمام أحمد. ينظر: المغني، ٤٣٧/١٤.

عنك عِقالَه؛ أولىٰ وأحْرىٰ، فإن منعوا كان الكلام قطعيًّا، وإن سلَّموا لم يجدوا بينه وبين قولِه: طلقتكِ/، في وضع اللسان فَرْقًا أصلًا، وظهر وجهُ الاحتمال فيه. [٢٧٠/ب]

❊ فإن قيل: الرقُّ ضعفٌ في اللسان، يقالُ: رق الشيءُ؛ إذا ضعُفَ، والعِتْقُ عبارةٌ عن القوة؛ يقالُ: عتَق الطائرُ؛ إذا قَوِيَ علىٰ الطيران، والعبدُ ليس مقيَّدًا؛ إذ المقيَّدُ هو الممنوع عن الحركة مع قيام قوة الحركة بذاته؛ بل العبدُ مَسْلوبُ القوةِ مفقودُها، فتأثير الرق في سَلْبِه قوةَ الولاية والمالكية لا في حَجْرٍ علىٰ الرقيق وحَبْسٍ مع بقاء القوة، وحلُّ القيد لا ينبئُ عن حدوث القوة، وهو محتاج إلىٰ القوة كالزمن يحتاج إلىٰ إيجاد الصحَّةِ والقدرة فيه، والمقيَّدُ لا يحتاج إلىٰ قوةٍ، وإنما يحتاج إلىٰ رفع المانع، وأما المرأة فإنها حرة بنفسها مالكةٌ، والنكاح نوعُ قَيدٍ مع بقاء قوة الحرية، فكان الطلاق ملائمًا لحالها.

❁ قلنا: الكلام علىٰ مرتبتين:

أحدهما: أنَّا لا نسلِّمُ أن الرقَّ ضُعْفٌ، ولكنه قيدٌ مع بقاء قوة المالكية، وأن العبدَ مهما أُعتق تصرَّفَ بالقوة الكائنة في ذاته قبل العتق لا بِما حَدَثَ مِن جهته من إسقاط الملك، ولهذا لم يُعقَلْ إعتاقُه الفرسَ وسائرَ دوابِّه؛ لأن معنىٰ العتق حلُّ قيد الشرعِ ليعود المعتَقُ إلىٰ قوته الأصلية المخلوقة بأصل الفطرة علىٰ الاستسخار والتصرف والمالكية، وذلك مفقود للبهائم، فإنه مستفاد من الإنسانية والعقلِ فيه صار الآدميُّ مالكًا مُسْتَسْخِرًا لكلِّ ما خُلق في الأرض، وبه صار مخاطبًا، فالمالكية والحرية قضيةٌ شرعيةٌ أثبتها

للآدمي دونَ البهائم بصفة موجودةٍ مناسبة لتلك القضية متقاضيةٍ له، يجري منها مجرىٰ العلة، فعِلَّةُ القوة الشرعية في العبد قائمٌ، وإنما الرق نوعُ قيدٍ وحبس في معارضة تلك القوة حتىٰ تعطَّلَتْ وساوَىٰ البهيمة المفقودةَ القوةِ، كما ساوىٰ المقيَّدَ الزمنِ في صورته مع الاختلاف في العلة، فلا فرقَ، وإن سلمنا أن الرق ضُعْفٌ، وليس بقيدٍ، فاستعارة لفظ القيد للضعف جارٍ علىٰ منهج اللسان، ولو قال قائلٌ: حُلَّ قيدُ المرض عن فلانٍ؛ لم يكن خارجًا عن مناهج أهل اللسان من حيث إن الاستعارات تُبْنىٰ علىٰ التخيُّلاتِ، فيقال خُلِّصَ فلانٌ عن قيد الحياة وحبسه مع بُعْدِ الحياة عن القيد والحبس، ولكن يتخيَّلُ أن الروحَ كالمحبوس في القالَبِ بسبب الحياة، فتُوسِّعَ في الاستعارة إلىٰ هذا الحد في اللسان، ولا يستنكَرُ، فكيف يستنكر أن يُستعارَ القيدُ للرقِّ، ولفظ حلِّ القيدِ لرفع الرقِّ، وهذا للتحقيقِ، وهو أن كل معنيَينِ يشتركان في الخاصية المقصودة فإنه يجوز أن يستعارَ لفظُ أحدهما لمعنىٰ الآخر، ومقصود زوال ضُعْفِ المريض انطلاقُه وحركتُه كمقصود زوال القيد من المقيد، وكذا مقصودُ العبدِ استقلالُه برأيِه كمقصود المنكوحة في النكاح، وكلُّ/ واحدٍ من الإعتاق والطلاق يشتركان في استعقاب الانطلاق [٢٧١/أ] وإنتاجه بوقوعه عَقيبَه، فاستعارة إحدىٰ اللفظتين للأخرىٰ قريبٌ، والدليل عليه وقوعُ البينونة بقولِه: أنتِ طالقٌ؛ في منكوحته، والنكاحُ أيضًا فيه نوعُ رقٍّ، وهو ضعف شرعيٌّ، والحرية الأصلية والمالكية القائمةُ لم تبْقَ في البضع، فهي حرة من وجهٍ، رقيقةٌ من وجهٍ؛ كالمريض قويٌّ وضعيفٌ يضعُفُ عن الحمل ولا يضعُفُ عن القيام، ويقوىٰ علىٰ المشي، ويضعف عن العَدْوِ، فالمرأة فيها قوة وضعفٌ، القوةُ بالإضافة إلىٰ شيءٍ، والضعفُ

بالإضافة إلىٰ غيره، ثم صلح له لفظُ الطلاقِ، والفرقُ بين رقِّ النكاح ورق العبدِ نفيًا وإثباتًا تحكُّمٌ؛ إذ هما قَيْدان، أو هما ضُعفان ليس بينهما فُرقانٌ، أو إن سُلِّم الفرق فهما في مقصود الانطلاق سِيَّانِ، وهو كافٍ في الاستعارة، الدليل عليه علىٰ التسليم أنه لو قال لها: أنتِ حرةٌ، أو: أعتقتُك، ونوىٰ الطلاق وقع، ومن قال للمقيَّدِ: قد أحدثْتُ فيك قوةً، كان الكلام لَغْوًا لو تصوِّرَ حدوث القوة بالكلام، ومهما أحدث في المقيَّدِ قوة فلا ينفعْه في الخلاص؛ فإنه غيرُ محتاج إلىٰ القوة، فبأيِّ طريق أفاد الطلاقَ لا طريقَ إلا أن الإعتاقَ في محله يوجب الانطلاقَ، والطلاقُ أيضًا يستعقِبُ الانطلاق، وبين ما يستعقب الشيءَ وهو شرطٌ فيه، وما يستعقبه ـ وهو علتُه ـ مشابهةٌ ومشاركةٌ، فجاز أن يستعار أحدهما للآخر، وكيف لا والفقهاء قد يطلقون اسمَ العلة علىٰ الشرط والأمارة، واسمَ الأمارة علىٰ العلَّةِ؟ فكيف ضاق نُطْقُ الاستعارة مع هذا الوضوح البيِّن؟!

❊ **فإن قيل:** لفظ الطلاق في موضوعه لا يُزيل الملكَ، فكيف يُزيل في غير موضوعه[1]؟

---

(١) قال الكاساني في تقرير وجه الحنفية: «الألفاظ المضافة إلىٰ المملوك عبارات عن زوال يد المالك عنه، أما قوله: أنت طالق؛ فلأن الطلاق عبارة عن رفع القيد، والقيد عبارة عن المنع عن العمل لا عن الملك، والمانع يد المالك فرفع المانع يكون بزوال يده، وزوال يد المالك عن المملوك لا يقتضي العتق كالمكاتب وكذا قوله: اذهب حيث شئت أو توجه إلىٰ أين شئت؛ لأنه عبارة عن رفع اليد عنه وأنه لا ينفي الرق كالمكاتب، وبه تبين أن القيد ليس بمتنوع، بل هو نوع واحد، وزواله عن المملوك لا يقتضي زوال الملك كالمكاتب، وكذا قوله: أنت بائن أو أبنتك؛ لأنه ينبئ عن الفصل والتبعيد وكذا التحريم بجامع الرق كالأخت من الرضاعة والأمة المجوسية ونحو ذلك؛ بخلاف قوله لامرأته: أنت حرة؛=

۞ قلنا: لا ؛ بل يزيل الملك حيث يملكُ الإزالة، وهو ما قبل المسيس أو عند ذكرِ العِوَض، أو استيفاء العدد، وحيث لا يزيلُ فهو عندنا ؛ لأنه لم يسلُكْ طريقَ الإزالة لا للخَللِ في اللفظ، وعندهم على خلاف القياس، فكيف يستقيم هذا الكلامُ مع ما تقدم في المسألة السابقة ؟! على أنه ليس المستعملُ هو لفظَ الطلاق الشرعيَّ، بل الملك زال بالعِتاق، ولفظ الطلاق الموضوع في اللغة معنى مفهوم قبل ورود الشرع استُعمل بطريق الاستعارة لمعنى الطلاق، فالمستعمل هو اللفظ اللغويُّ دون الطلاقِ الشرعيِّ.



مَسْأَلَة: إذا قال لزوجته: أنتِ طالقٌ، أو: طلقتُكِ، ونوى عدداً من الطلاقِ وقع[1] **؛ خِلافًا له**[2]**، فنقول: الطلاقُ يقع بكلِّ لفظ محتمِلٍ، وألفاظ**

= لأن التحريم تخليص والقيد ثبوت فينافيه، ولأن ملك اليمين لا يثبت بلفظ النكاح، وما لا يملك بلفظ النكاح لا يزول الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر الأعيان، وهذا لأن الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح، فإذا لم يثبت ملك اليمين بلفظ النكاح لا يتصور رفعه بلفظ الطلاق بخلاف قوله لامرأته: أنت حرة ونوى به الطلاق ؛ لأن ملك المتعة لا يختص ثبوته بلفظ النكاح فإنه كما يثبت بغير النكاح يثبت بغيره من الشراء وغيره، فلا يختص زواله بلفظ الطلاق ؛ ألا ترى أنه يزول بردَّةِ المرأة، وكذا بشرائها بأن اشترى الزوج امرأته فجاز أن يزول بلفظ التحرير». ينظر: بدائع الصنائع، ٥٤/٤.

(١) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٩١/١٤، والوسيط، ٤٠٥/٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٨٤/٨، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص٣٩٠، وهو مذهب المالكية، ورواية عن الإمام أحمد. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٥٢٨/٢، والفروق، للقرافي، ١٦٤/٣، والهداية، للكلوذاني، ص٤٢٣.

(٢) ينظر: الجامع الصغير، ص٢٠٦، والمبسوط، للسرخسي، ٧٠/٦، وبدائع الصنائع،=

الطلاق تحتمِلُ العددَ، فوقع به مع النيَّةِ.

❊ فإن قيل: لا نسلِّمُ الاحتمالَ.

❁ قلنا: التطليق فِعل من الزوج يوجب في المحل حُكمًا هو الانطلاقُ؛ كما يوجب التكسيرُ الانكسارَ، فنسبة الانطلاق إلىٰ قوله: طلقتكِ، و: أنت طالق؛ كنسبة البينونة إلىٰ قوله: أبَنْتُكِ، و: أنت بائنٌ، فالبينونة حكم الإبانة، والانطلاق حكم التطليق، ثم لو نوىٰ الثلاثَ بقوله: أنت بائنٌ أو: أبنْتُكِ/، [٢٧١/ب] قيل: نوىٰ محتمِلًا؛ لأن البينونة تنقسم إلىٰ صغرىٰ وكبرىٰ، فينقدِحُ أن يقالَ: أيَّ بينونةٍ أردتَّها؟ فإذا قال: الكُبرىٰ، فقد أراد باللفظ أحدَ محتمِلَيه، وإن أطلق ولم يُرِدْ عددًا نزِّل علىٰ أقلِّ الدرجات، وهي البينونة الصغرىٰ، فكذلك الانطلاق في الزوجة ينقسم إلىٰ تامٍّ وإلىٰ قاصرٍ وإلىٰ متوسطٍ، فالتامُّ ما يقع بالثلاثِ، وهو الذي يحسِمُ باب المعاودة، والقاصرُ ما يحصل بواحدةٍ، والمتوسطُ ما يحصل بثِنْتين، فإنه ترقَّىٰ من القاصر ولم يبلُغْ إلىٰ التامِّ، فإذا أراد به وجهًا من وجوه الانطلاق فقد نوىٰ محتمِلًا، وعند هذا نحسِمُ سبيل الطمع في الفرق، فكل ما ذكروه في البينونة عارضْناهم بمثله في الطلاق والانطلاق[1].

= ١٠٣/٣، وهو رواية عن الإمام أحمد. ينظر: شرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٤٢٨/٥، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٩/٩.

(١) والحقيقة أن ما ذكره المصنف هنا غير حاسم أيضًا في محل النزاع، فالرق الذي ذكره بين قوله: «أنت طالق»، و«أنت بائن» غير مسلم عند الحنفية، لأن الطلاق عندهم في اللغة والشرع عبارة عن رفع قيد النكاح؛ والقيد في نكاح واحد فيكون الطلاق واحدًا ضرورةً، فإذا نوىٰ الثلاث فقد نوىٰ العدد فيما لا عدد له فبطلت نيته، فكان ينبغي أن لا يقع الثلاث=

❊ **فإن قيل**: الانطلاق كلُّه جنسٌ واحدٌ، ولكن قد يحصل بعلَّة واحدةٍ، وقد يحصُلُ بعلتَينِ، وقد يحصل بثلاثٍ، وكل طلقةٍ علةٌ، والاختلاف راجع إلىٰ اتحاد العلة وتعدُّدِها، وهو كالموت تارةً يحصل بجراحة وتارة بجراحتين وتارةً بثلاثٍ، فتصوُّرُ التعدد في علة الحكم لا يوجِبُ تغايرًا في أوصاف الأحكام حتىٰ يوجِبَ ذلك نوعًا مِن الانقسام.

❁ **قلنا**: فهلَّا قلتم: البينونة جنس واحد تارةً يقع بطلقة وتارة بطلقتين وتارة بثلاثٍ، فالاختلاف في السبب لا في الحكم، فإن زعموا أن الاختلاف مدرك في ذات البينونة؛ من حيث إن إحداهما منع النكاحَ والأخرىٰ لم تمنع[(١)].

❁ **قلنا**: كذلك الانطلاق التام مَنَعَ النكاح، والناقصُ لم يمنعْ، فلا فرقَ، وكيف يُتخيل الفرقُ والبينونةُ ليس أمرًا خارجًا من جنس الطلاق أو

= أصلًا؛ لأن وقوعه ثبت شرعًا بخلاف القياس فيقتصر علىٰ مورد الشرع، وهذا بخلاف قوله: أنت بائن؛ لأن البائن مقتضاه البينونة، وهي متنوعة إلىٰ غليظة وخفيفة، فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك لتنوع محل الاشتقاق وهو البينونة كاسم الجالس؛ يقال: جلس أي: قعد، ويقال: جلس أي: أتىٰ نجدًا، فكان الجالس من الأسماء المشتركة لتنوع محل الاشتقاق وهو الجلوس، فكذا البائن والاسم المشترك لا يتعين المراد منه إلا بمعين، فإذا نوىٰ الثلاث فقد عين إحدىٰ نوعي البينونة فصحت نيته، وإذا لم يكن له لا يقع شيء لانعدام المعين بخلاف قوله: طالق؛ لأنه مأخوذ من الطلاق، والطلاق في نفسه لا يتنوع لأنه رفع القيد، والقيد نوع واحد.

فتبين من ذلك أن محل البحث يجب أن يكون في نقض تمسك الحنفية بكون الطلاق يطلق علىٰ رفع القيد وهو واحد غير متعدد، وما ذكره المصنف من انقسام الطلاق إلىٰ ثلاثة أقسام غير شاف في المناظرة.

(١) ما ذكره بناءً علىٰ افتراض اعتبار الحنفية للطلاق جنس واحد يحصل بعلة أو اكثر، وقد بينا أن الخلاف في ماهية الطلاق وماهية البينونة عندهم.

زائدًا عليه؛ لأنه لو أبانها ثلاث مراتٍ افتقر إلىٰ المحلِّل؟ والحصر في الطلاق لا في الإبانة، لكن قيل: ليست الإبانة جِنسًا برأسها إنما هي عبارة عن الطلاق، ولذلك لا ينفُذُ ما لم ينوِ الطلاقَ، وإذا نفذ طلاقًا مُحْوِجًا إلىٰ المحلِّلِ عند كمال عدده، فكيف يُتخيل إمكانُ فرْقٍ بينَه وبين مَنْوِيِّهِ؟ ثم وإن سُلِّم أن الانطلاق من حيث صفةُ الذات متجانسٌ، فمن حيث الإضافةُ إلىٰ العلة الموجبة ينقسم إلىٰ الحاصل بطلقة وإلىٰ الحاصل بطلقتين وإلىٰ الحاصل بثلاثٍ، والإضافات أوصافٌ في المضاف، ولهذا يحسُنُ فيه الاستفصال فيقالُ: أردتَّ به الانطلاق الحاصل بطلقة أو بطلقتين أو بثلاثٍ؟ كما لو ملك الآن عبدًا حسُنَ أن يقالَ: بالإرثِ أو الشِّراء أو الهبةِ؟ وإن كان الملك جِنسًا واحدًا، ولكن يكتسب من السبب وصفَ الإضافة، فيتطرقُ إليه الانقسامُ بالإضافة إلىٰ سببه.

هذه طريقة متينة وافية بمذهب الشافعي في نيَّته الاثنتينِ والثلاثَ[1]، ومهما فَرَضْنا فيما إذا استوفىٰ طلقةً ولم يبقَ إلا ثِنتين، والمرأة مدخول بها انطبق انقسامُ الانطلاق في زوجته إلىٰ الناقصِ والتامِّ علىٰ انقسام البينونة؛

(١) نعم ما ذكره المصنف طريقة متينة لتقرير مذهب الشافعي، ولكن يبقىٰ عليها معارضة متمسك الحنفية لحد الطلاق، أو نقضه، والطريق إليه أن يقال لهم: إن تعريفكم للفظ الطلاق بأنه: «رفع قيد النكاح» وأن القيد واحد، لذلك لو نوىٰ الثلاث لا يقع إلا واحدًا، ممنوعٌ؛ لأن رفع الفيد وإن كان واحدًا في جنسه إلا أن أنواعه متعددة، فقد يرفع القيد مع إمكان الرجعة، وقد يرفع مع عدمها، وهكذا، ولما كان إطلاقه يحتمل الأمرين علىٰ السواء كان لهذه القرائن تأثير في تحديد المراد من لفظ المطلق، فلو نوىٰ ثلاثًا تبين أن مرادَه النوع الثاني من رفع القيد، فإن نوىٰ واحدة أو لم ينوِ علمنا أن مراده النوع الأول، وهو بعينه المسلك الذي اتبعوه في البائن، وبذلك يتم المراد ويسلم للشافعية مذهبهم بلا تشغيب، والله أعلم.

من غيرِ أن يبقىٰ في الفرق متنفَّسٌ، وإن فرضنا الكلام في نية الثلاث علىٰ الخصوص فقد أعطَوْنا أن المصدر يحتمِلُ الثلاث بطريق استغراق الجنس، فإذا قال: أنت الطلاقُ، أو: أنت طالقٌ طلاقًا، أو: طلقتك/ طلاقًا، فإن نوىٰ الثلاث نفَذَ. [٢٧٢/أ]

❁ فنقول: المصدرُ محتملٌ للجنس، والصيغة المشتقة من المصدر مشتملٌ علىٰ المصدر فكان محتملًا له؛ بيانُه أنَّ صيغة الماضي والمستقبل والأمر مشتقَّةٌ مِن المصدر لا بإعدام المصدر؛ بل بإيجاد صورةٍ فيه لم تكن لإفادةِ فائدةٍ لم تكُنْ؛ كإيجاد الأواني المختلفة بحُكم الصناعة من السبيكة لا بإعدام السبيكة، ولكن بإيجاد هيئةٍ لم تكنْ لحدوث فائدةٍ لم تكنْ، وهو حفظُ ما يُحفظ بالأواني، فكذلك المصدرُ اسمٌ يدل علىٰ معنىٰ مجرَّدٍ من الزمانِ والفاعلِ أو المفعولِ؛ كالضرب مثلًا فإنه يدل علىٰ ضاربٍ ومضروبٍ وزمانٍ وقع فيه الضربُ، فإذا أراد أن يبيِّن أن الضرب وَقَع منه في غيرِه في زمانٍ ماضٍي افتقر إلىٰ أن يقولَ: أنا أوقعْتُ الضربَ علىٰ فلان فيما مضىٰ من الزمان، فيطول الأمرُ فأوجز العربُ ذلك وجعَل بدلَه «ضربتُه»، فيدل علىٰ جميع ذلك بإيجازه لا بإعدام نفس المصدر، فإنَّ جوهر المصدر ثلاثيٌّ رُكِّبَ من الضاد والراء والباء؛ هذا مِقدارُه، وهو مُعادٌ في كل صيغة من الماضي والمستقبل والأمر والنهي؛ كما أن مقدار النقرة ـ وهو ثلاثةُ أرطالٍ ـ مثلًا معادٌ في كل ما اتُّخذ منها من طَبَقٍ أو كُوزٍ أو قُمْقُمَةٍ[1]، ولكن

(١) القمقم: آنية معروفة من نحاس وغيره يسخن فيها الماء، ويكون ضيق الرأس، قال الأصمعي: وهو رومي ـ معرب كمكم ـ بكافين عجميتين، وقيل: هو الجرة. ينظر: تاج العروس، ٣٣/٣٠٢.

زِيدَ علىٰ عينه هيئةٌ لتزيد فائدتُه، فغيِّرَ شكلُه ولم يُعْدم ذاته، فكذلك غُيِّرَ شكلُ المصدر، ولم يُعدَمْ ذاتُه وتغييرُ شكله للماضي بتحريك الراء من الضرب، وفي المستقبل بإدخال الزوائد عليه من التاء والياء والألف والنون في قوله: تفعلُ، ويفعلُ، وأَفعَل، ونَفعل، والحروفُ الثلاث التي رُكِّبَ منها ذاتُ المصدر قائمٌ، ولكن متغيِّرَ الشكل بالتحريكات والزوائد، فمعنىٰ قولِه: طلقتُكِ؛ أي: أوقعتُ الطلاق عليكِ قطعًا، لا نقول: هو في معناه بل هو هَوَ؛ إلا أنه موجزٌ؛ كما أن قول القائل: رأيتُهم؛ إشارةً إلىٰ جماعةٍ كقوله: رأيت زيدًا وعَمْرًا وخالدًا؛ إذا ذكر أساميَهم من غير فرقٍ، وهذا قاطع في وضع اللسان لمن عرَفَه، والشافعي إمام أهل اللغة، فلذلك سوَّىٰ بين المصدر والصيغِ المشتقة من المصدر.

❊ **فإن قيل:** لسنا ننكر أن الصيغَ المشتقة من المصدر لا تنفكُّ عن الدلالة علىٰ المصدر، ولكنَّ النيةَ لا تتطرق إلىٰ ما يثبت بطريق الدلالة، والإضمارُ إنما يتطرق إلىٰ المصرَّحِ به؛ بدليل أنه لو قال لزوجته: اخرُجي، ونوىٰ الطلاق؛ جاز، ولو قال: زُورِي، ونوىٰ الطلاق في الخروجِ الذي دلَّ عليه الزيارةُ؛ لم يجُزْ؛ لأن النية لا تتطرَّقُ إلىٰ المضمر.

۞ **قلنا:** لا سَواءَ؛ فإن لفظ الزيارة ليس فيه من لفظ الخروج ذاتُه وحروفُه، وإنما دلالتُه عليه بضرورة الوجود لا باللفظ يُضاهي دلالةَ ذِكر الآنية علىٰ الصائغ؛ فإنها لا تنفك عنه بالضرورة، وأما المصدر بذاتِه موجودٌ في الصيغ بتغيُّرِ الهيئة والشكل وجودَ النقرة في ذات الآنية، والدليل القاطع علىٰ أن الجنس وكمال عدد الطلاق ملائمٌ للصيغة كما أنه ملائمٌ

للمصدر/ ثلاثُ مسائلَ فسلَّموها؛ **إحداها**: أنه لو قال: أنت طالقٌ، وأشار [٢٧٢/ب] بأصبعه ثلاثًا وقع وكان في حكم البيان وما لا يحتمله اللفظ، فكيف يبيِّنُ بالإشارة، **والأخرىٰ**: أنه لو قال لوكيله: طلِّقْ زوجتي، ونوىٰ الثلاث فقال الوكيلُ: طلقْتُ، وقع الثلاثُ، وهذا لا جواب عنه؛ إذ لا فرق بين أن يقولَ: طلقتُ، وبين أن يقولَ: طلِّقْ؛ إذ معنىٰ التطليق إيقاعُ الطلاق في صيغة الأمر وفي غيره، **الثالثة**: إذا قال: أنت طالقٌ ثلاثًا؛ وقع، وقوله: ثلاثًا تفسيرٌ ولأجله كان منصوبًا، والتفسير بيانٌ لا يصِحُّ إلا إذا كان ملائمًا للمبيَّنِ، فدل أن قولَه: طلقتكِ، و: أنت طالقٌ؛ ملائم للثلاث حتىٰ جاز تفسيرُه، ولا معنىٰ للمحتمل إلا الملائم.

❊ **فإن قيل**: هو تفسيرُ [مصدرٍ[1]] محذوفٍ معناه: أنت طالقٌ طلاقًا ثلاثًا.

❁ **قلنا**: قولُكم: محذوفٌ؛ إن عنيتم به المتروكَ المعدومَ فهو فاسدٌ؛ لأن المعدومَ المتروك من أصله لا يقبل التفسيرَ، فالتفسير بيانٌ يستدعي مبيَّنًا، فقول القائل: مفسَّرُه معدومٌ، ولا مفسرَ له واحدٌ، فمن قال: هذا عِلمٌ له معلوم ومعلومُه معدومٌ، فقد قال: لا معلوم له، وتناقَضَ قولُه كمن قال: هذا ضربٌ له مضروبٌ ولكِنْ مضروبُه معدومٌ؛ فإن قولَه: مضروبه معدوم يساوي قولَه: لا مضروب له، و«لا مضروب له» يناقِضُ قولَه: له مضروبٌ، فقوله: مضروبُه معدومٌ، يناقِضُ قولَه: له مضروبٌ، فكذلك قولُه: مفسره معدومٌ، يناقض قولَه: له مفسرٌ.

---

(١) في الأصل: «مصدوف»! وهو سبق قلم. ودلالة السياق تشهد لما أثبته. والله أعلم.

وإن عنوا به أنه محذوف الهيئة مُدْرَجُ الذات في قوله: أنت طالقٌ؛ اندراجَ النقرةِ في الآنية المأخوذة منه، فدل أن ما احتمَلَ التفسيرَ حتىٰ قيل: هو المفسرُ، احتمل النيةَ حتىٰ يقالَ: هو المنويُّ.

❊ **فإن قيل**: نفرض الكلام في قولِه: أنت طالقٌ، ونقول: إنه نعتٌ فَرْدٌ فلا يحتمِلُ العددَ كقوله: أنت قائم وقاعد.

❁ **قلنا**: يبطُلُ بقوله: أنت بائنٌ.

❊ **فإن قيل**: هو لا يحتمل العددَ، ولكنه نعتٌ فردٌ من ضرورته وقوعُ الطلاقِ الثلاثِ.

❁ **قلنا**: فكذلك الطلاق والانطلاق علىٰ ما قررناه في أول المسألة، فطريقنا طريقُهم في لفظ البينونة.

الجواب الثاني: هو أن هذه صفةٌ تتعدَّدُ وجودًا، فاحتمل التعدد لفظًا؛ لأن اللفظ يتبعُ الملفوظَ، ولذلك جاز أن يصرِّحَ ويقولَ: أنت طالقٌ ثلاثًا؛ إذ جوَّز الشرع ترادُفَ صفة الطلاق عليها في حالة واحدة، وأما القيام لا يتكرَّرُ علىٰ محل واحدٍ في حالةٍ واحدةٍ، وعن هذا لو صرَّح وقال: أنت قائمٌ ثلاثًا، كان متهافتًا.

الجواب الثالث: أن هذه صورةُ الصفة، وحقيقتُه الإنشاءُ، معناه: أنشأتُ وقوعَ الطلاق، وما أُنْشِئَ وقوعُه متردِّدٌ بين الواحد والثِّنْتين والثلاث، فإنه لو كان نعتًا لتطرَّق إليه التصديقُ والتكذيبُ ولكِنْ إقرارًا هو كاذبٌ فيه.

❊ **فإن قيل**: الصيغة صيغة الصفةِ، والأصل تقرير الصيغ إلىٰ أن يدُلَّ الدليلُ.

۞ قلنا: وأيُّ دليلٍ أقوىٰ من البرهان العقليِّ الضروريِّ، فإن النعتَ حدُّه أنه إخبارٌ عن صفة يتردَّدُ بين الصدق والكذب/، وهذا قد انعدم، فلا [١/٢٧٣] يقالُ لمن أنشأَ: كذبْتَ، وبهذا فرقوا في مسألة المكرَهِ علىٰ الطلاق بين الإنشاء والإقرار؛ إذ قالوا: الإقرار يتردَّد بين الصدق والكذب، والإكراهُ قرينةٌ، والإنشاء لا يتردَّدُ، والدليلُ عليه أن قولَه: بعْتُ، و: اشتريتُ، و: طلقتُ، صيغة الماضي، وقولَه: أشهد أن لا إله إلا الله، صيغةُ المستقبل، وقولُه في مجلس القاضي: أشهد أنَّ له عليه ألف[١]، صيغةُ المستقبل الموضوع للوعد، ثم جُعِلَ كلُّ ذلك إنشاءً؛ لأن حدَّ الماضي ما يدل علىٰ معنًىٰ واقعٍ في الزمان الماضي، وقولُه: بِعْتُ، و: اشتريتُ، لم يدلَّ عليه بل دلَّ علىٰ الإنشاء، فلم يجعل ذلك خبرًا عن الماضي، وكذا قولُه: أشهدُ؛ في المستقبل، والله أعلم[٢].

---

(١) كذا في الأصل، والجادة: «ألفًا» منصوبًا اسم «أن» مؤخرًا، ويتخرج علىٰ وجهين؛ الأول: أنه مرفوع، واسم «أن» ضمير الشأن محذوفًا، والتقدير: أنه له عليه ألفٌ. الثاني: أنه منصوب، وحذف منه ألف تنوين النصب؛ جريًا علىٰ لغة ربيعة، وهي لغة مشهورة، وتقدم التعليق عليها تفصيلًا.

(٢) وإتمامًا للمراد نذكر طريقة القرافي في ترجيح مذهب الشافعية والمالكية، قال في الفروق: «لفظ ثلاثًا إذا لفظ بها تبين المراد باللفظ نحو قوله: قبضت عشرين درهمًا، فقوله: درهمًا يفيد اختصاص العدد بالدراهم وإن كان لا يدل عليه لغة، فكذلك ثلاثًا يخصص اللفظ بالبينونة، وكل ما كان يحصل مع المفسر وجب أن يحصل قبله؛ لأن المفسر إنما جعل لفهم السامع لا لثبوت ذلك الحكم في نفس الأمر كقوله تعالىٰ: ﴿أَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ﴾ الشرعية لكن لما ورد البيان من السنة في خصوصياتها وهيئاتها وأحوالها عد ذلك ثابتا بلفظ القرآن، وأجمع المسلمون علىٰ أن الصلاة والزكاة مشروعة بالقرآن، والقاعدة أن كل بيان لمجمل يعد منطوقًا به في ذلك المجمل كذلك ها هنا». وهذا فرع عن أصل وهو اشتراط النية في الطلاق الصريح، والمراد بها هنا الكلام النفسي وإلا فمن قصد وعزم علىٰ طلاق امرأته،=

❀ **مَسْأَلَة: إذا قال: أنا منكِ طالقٌ، ونوىٰ طلاقَها، وقع**[1]؛ خِلافًا له[2]، **والعُمْدةُ** ما سبَق مِن أن الطلاق واقعٌ بكل لفظ محتمِلٍ، وهذا محتملٌ، وقد ذكرنا للاحتمال مسلكَينِ في كتابه مآخذ الخلاف[3]، ونحن الآن نذكُرُ مسلكًا ثالثًا أقرب منهما، وهو أنَّا نقولُ: توافقنا علىٰ أنه لو قال لزوجته: اخرجي، أو: الحَقي بأهلك، أو: اعتدِّي، أو: استبري رحِمَك، وقع الطلاقُ إذ نوىٰ الطلاقَ به، ومعلومٌ أن قولَه: اخرجي، واعتدي ليس متعرِّضًا لمعنىٰ الطلاق ولا لِلفْظِه، ولكن طريق احتماله إضمار السبب في المسبَّبِ، وتقديرُه:

= ثم بدا له لا يلزم بذلك طلاق إجماعًا، وإنما المراد إذا أنشأ طلاقها بكلامه النفسي كما ينشئه بكلامه اللساني فيعبرون عنه بالنية، وهي مؤثرة في الحكم، ولذلك اعتد بها في إيقاع الطلاق ثلاث لو نواه ولم يلفظ إلا بواحدة. ينظر: الفروق، للقرافي، ٣/١٦٤.

(١) ينظر: المذهب، للشيرازي، ٣/٨، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٤/٨٨، والوسيط، ٥/٣٩٤، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٨/٦٧، وهو قول الإمام مالك. ينظر: المدونة، ٢/٢٩٢.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٦/٧٨، وبدائع الصنائع، ٣/١٤١، والهداية شرح بداية المبتدي، ١/٢٣٦، والاختيار لتعليل المختار، ٣/١٢٩، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/٢٠٨، وهو قول ابن عباس، والثوري، وأبي عبيد، وأصحاب الرأي، وابن المنذر، ومذهب الحنابلة. ينظر: المغني، ١٠/٣٧١، والفروع، ٩/٤٣، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٨/٤٨٥، وكشاف القناع، ٥/٢٥٢.

(٣) ذكر إمام الحرمين هذين المسلكين، فقال: «ولكن إذا قال الزوج: أنا منك طالق، انقدح في هذا وجهان: أحدهما ـ أن علىٰ الزوج حجرًا من جهتها، وإن لم يكن معقودًا عليه؛ فإنه لا ينكح أختها، ولا أربعًا سواها، فإذا أضاف الطلاق إلىٰ نفسه، أمكن حمل ذلك تقريرًا علىٰ حل السبب المقتضي لهذا الحجر.
والوجه الثاني ـ أن المرأة مقيدة، والزوج في حكم القيد، وقد يقال: حل القيد، كما يقال: حل المقيد، فإضافة الطلاق إلىٰ الزوج تتجه من غير أن يفرض معقودا عليه». ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٤/٩٨.

طلقتك فاعتدِّي، و: اخرجي والحَقي بأهلِكِ؛ لأن الطلاق يُعْقِبُ هذه الأمورَ شرْعًا أو عُرفًا حتىٰ يحسُنَ بعد الطلاق أن يقال لها: اخرجي أو اعتدي، فما حسُن إطلاقُه بعد الطلاق إذا ذكره جاز إضمارُ الطلاق فيه، فكذلك نقولُ: الطلاق عبارة عن الانطلاق والخلاصِ، والنكاح يقتضي علىٰ الزوج نوعَ علاقة يحسُنُ بسببها أن يقول الزوج بعد الطلاق: تخلصْتُ وانطلقتُ وانحطَّ عني أثقالُها وهَمُّها، فهذا الضرب من الخلاص يحسن إطلاقه في حق الزوج بعد الطلاق، ولذلك لو قال بعد الطلاق: خلَّصْتُ نفسي، كان كلامًا ملائمًا للعُرف، فإذا قال: طلقتُ نفسي منك؛ معناه: خلَّصْتُ نفسي منك، وإذا قال: أنا منك طالقٌ؛ معناه: أنا منك متخلِّصٌ، وهذا يدل علىٰ الطلاق بدليل الإضمار؛ معناه: طلقتُكِ فخلصتُ نفسي، أو: طلقتُكِ فأنا منك متخلِّصٌ، ولا فرقَ في منهاج الاحتمال وحُسْنِ الإطلاق والقرب من الفهم في العادة بين هذا وبين ما استشهدنا به، ولعل بهذا الطريق يقع الطلاقُ بقوله: أنا منكِ بائنٌ ومنقطعٌ ومنفصل؛ لأن الطلاقَ يُعْقِبُها البينونةَ والانقطاعَ والانفصالَ، معناه: طلقتُكِ فأنا منك منقطع وبائن ومنفصل، فكذلك: أنا منك منطلق وطالق ومتخلِّصٌ، وقوله: أبنْتُ نفسي منكِ، و: أنا منك مُبَانٌ؛ كقوله: طلقتُ نفسي منك، و: أنا منك طالق، والمراد بالطلاق الخَلاصُ العرفيُّ المفهوم في العادة، القريبُ إطلاقُه في اللسان، ولسنا نتعرَّض في هذا لِكَونِ الزوج معقودًا عليه بالنكاح أو مملوكًا[1]، ولكنَّا نقولُ: كيفَما قُدِّر الأمر فلا خلاف في حُسن

---

(١) يشير المصنف هنا إلىٰ أحد المسالك التي اتبعها بعض الشافعية في الانتصار لمذهبهم، وهو جعلهم الزوج محلًا للعقد كما أن امأاته كذلك، وبذلك يصح إضافة الطلاق لنفسه، ولكن هذا المسلك غير مسلم عندهم، لأن المرأة لا تستحق من بدن زوجها ومنفعة زوجها شيئًا، فلا معنىٰ لكونه معقودًا عليه لها وفي حقها، وإنما المستحق هو الزوج ومنافعها=

[٢٧٣/ب] هذا الاطلاق في عرف التفاهم والتخاطب، وعليه الاعتماد/ في الألفاظ المُفْهِمة لا علىٰ الحقائق الحكمية.

❊ **فإن قيل**: العدة للطلاق موجبٌ شرعيٌّ، والخروج واللحوق بالأهل موجَبٌ شرعيٌّ، فحسُن الإضمار فيهما، وأما خلاص الزوج فليس موجبًا شرعًا؛ إذ لا قيد عليه ولا عُرْفَ؛ فإنه المتصرف في زوجته والمالك لبضعها علىٰ حسَب إرادته، فتطليقه إياها إسقاطُ ملك من أملاكها لا خَلاصٌ من قيدٍ.

❁ **قلنا**: قولُكم: العدة موجَبُ الطلاق شرعًا ليس كذلك؛ إذ رُبَّ طلاق لا يوجب كما قبل المسيسِ، وربَّ عِدَّةٍ بغير الطلاق كما تجِبُ بالموت والوطء بالشبهة وفي الأنكحة الفاسدة، وكذلك الخروج قد يقعُ من غير طلاقٍ، وقد يتفق الطلاق ولا خروجَ، فليس موجبًا في كل حالٍ، ولكنه موجب في بعض الأحوال يستحسنُ إطلاقه بعد الطلاقِ، فحسُن إضمار الطلاق فيه، فكذلك خلاصه منها بتطليقها عُرفًا كخروجها عند تطليقه، والزوج في دار نفسه فإنه إن كان في دارها فهو الخارجُ، ولكن الآخَرُ في حكم الغالب، فكذلك اعتقادُ أهل العرف خَلاصَ المطلِّق عن أعباء النكاح واحتكامات الأصهار والأحماء وما بينهم من المضايقات العرفية في المراسم والعادات راسخٌ في الاعتقادات، غالبٌ علىٰ النفوس، سبَّاقٌ إلىٰ الألسنة، قريب من الأفهام، والإطلاق المفهم لا يستدعي أكثر من ذلك، والعجب من أبي حنيفة كيف أضاق النطاق في هذا الإضمار القريب، وهو الذي جعل لفظ الخصومة

= أو حلها مستحق له، فلا وجه إلا القطع بأن مورد العقد محل لاستحقاق، ولذلك أشار المصنف إلىٰ أن هذا المسلك مباين لذلك، وأنه غير معتمد عليه ليسلم له الاستدلال من النقض. ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٤/٨٨.

في التوكيل مجازًا عن الإقرارِ، وهو ضِدُّهُ، وقول الرجل لمن هو أكبر سنًّا منه: هذا ابني؛ مجازًا عن العتق، مع البعد عن الفهم، ثم أنكر هذه الكناياتِ مع قُربها من الأفهام، والذي يدل علىٰ كونه موجَبَ الطلاق عرفًا ـ أعني الخلاص والانطلاقَ ـ أنه يحسن أن يقالَ: خلَّص نفسه وتخلَّص؛ عَقيب قولِ القائل: فلانٌ طلَّق زوجتَه من غير حاجة إلىٰ فرضِ قرينةٍ أخرىٰ سوىٰ أعباء النكاحِ، ومراسِمِه المعتادِ بين الناس مما يعَدُّ أثبت من الحقوق المستحَقةِ، وإن كان الشرع لا يوجب إلا بعضَها، ولكِنَّ الإطلاقَ يُبنىٰ علىٰ التفاهم عُرْفًا.

❊ **فإن قيل**: فإذا قال لزوجته: أنا منك حرٌّ، أو قال لعبده: أنا منكَ طالقٌ، أو قال له: أنا منك حرٌّ، فينبغي أن يصحِّحَ ذلك بطريق الإضمار، أما في حق الزوجة فإنه يعبَّرُ عن الخَلاص بالحرية، وأما في حق العبد فمن حيث إنه قد يقال عند بيع العبد أو إعتاقِه: أنه تخلَّصَ منه[1].

۞ **قلنا**: هذه المسائل تردَّد فيها الأصحابُ، فإنْ مُنِعَ اندفع الإلزام، والمنع متعين في قوله لزوجته: أنا منك حرٌّ، أو حررتُ نفسي منكِ، فإذا نوىٰ الطلاق نفَذَ؛ لأن العُرْفَ ماضٍ بأن الزوجَ مِن أعباء النكاح واحتكامات المنكوحات والأصهارِ في ضِيقٍ، وأن الخلاص منها حريةٌ عاجلةٌ، فقرب الطلاق من الفَهمِ، أما في حق العبد فالأمر أبعدُ منه؛ لأنه ليس للعبيد علىٰ السادات بحُكم العادات احتكاماتٌ يتبرَّمُ بها؛ بل هم تحت القهر مردَّدُون علىٰ حسَب الإرادات، فزوال الملك عنهم يعدُّ زوالَ/ سلطنةٍ وقُدرةٍ؛ إلا إذا [٢٧٤/أ]

(١) كتب قبالة هذا الموضع في الأصل: «بلغ العرض بالأصل وصح إن شاء الله والحمد لله».

فُرضت واقعةٌ غريبة في عبدٍ شرير بحكم سبب عارِضٍ لا يَعتقِدُ أهلُ العرف مِن مطلق الرقِّ، فيُعدُّ ذلك من الفهم بُعْدًا، فلم يحسُنْ إطلاقه وحسُنَ إطلاق ذلك في النكاح، وقرب من الأفهام.

❊ **فإن قيل**: فإذا قال: طلقتُ أختَكِ؛ معناه: أني أطْلقتُها عن حبس نكاحك، فإنها محبوسة عني بنكاحكِ، فينبغي أن يقَعَ الطلاقُ.

❁ **قلنا**: لم نتلقَّ وجه الاحتمال من شمول الحبس حُكمًا للزوج بكونه معقودًا عليه حتىٰ يَرِدَ هذا السؤالُ، ولكن تلقَّينا من اعتقاد أهل العرف خَلاصًا في حق الزوج منها عند الطلاق؛ لاعتقادِهم كونَه تحت احتكامٍ وضيقٍ عرفيٍّ بسبب النكاح، ونكاح المرأة لا يُعَدُّ حَبْسًا وضِيقًا واحتكامًا علىٰ أختها؛ إذ لم يتجدَّدْ فيها إلا تحريمُها علىٰ هذا الشخص فهو كمؤنةٍ، وكل رجل مات فالمرأة صارت آسيةً عن نكاحه، ولا يعد ذلك حبسًا، وكيف يعد وهي منكوحة أو قادرة علىٰ أن تنكِحَ مَن تشاءُ؟! لا احتكام لأحد عليها، فلم يقربْ هذا الإطلاق من الفهم لبعده في الاعتقادات والعرف[1].

(١) كذا يظهر أن مستند المصنف وعمدته هنا هو أن العرف قاض بصحة قول الزوج: أنا منك طالق؛ في وقوع الانفكاك عن قيد النكاح، والحقيقة أن الاحتجاج بالعرف هنا قد يرد عليه المنع من قبل الحنفية، وطريق المنع عندهم أن يقال: إن العرف يصار إليه في تفسير الألفاظ وبيان مدلولها إذا لم يكن ثم نقل يعارض هذا الحمل العرفي، ويبين أن هناك حقيقة شرعية مرادة في هذا اللفظ، والمانع هنا قوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ فقد أمر ﷺ بتطليقهن والأمر بالفعل نهي عن تركه، وتطليق نفسه ترك لتطليق امرأته حقيقة؛ لأنه أضاف الطلاق إلىٰ نفسه لا إلىٰ امرأته حقيقةً، فيكون منهيًّا، والمنهي غير المشروع، والتصرف الذي ليس بمشروع لا يعتبر شرعًا، وهو تفسير عدم الصحة. ولا يصح أن يكون المنهي عنه شرعًا جائز عرفًا؛ إذ الاحتمالان لا يتواردان علىٰ محل واحد، هذا من جهة. =

....

= ومن جهة أخرىٰ أن قول الرجل لزوجته: أنا منك طالق؛ إما أن يعتبر إخبارًا عن كونه طالقًا كما يقتضيه ظاهر الصيغة، وإما أن يعتبر إنشاءً - وهو إثبات الانطلاق - ولا سبيل إلىٰ الثاني؛ لأنه منطلق وليس عليه قيد النكاح، وإثبات الثابت محال فتعين الأول، وهو أن يكون إخبارًا عن كونه طالقًا وهو صادق في هذا الإخبار، والدليل علىٰ أنه ليس عليه قيد النكاح وجهان: أحدهما أن قيد النكاح في جانب المرأة إنما ثبت لضرورة تحقيق ما هو من مقاصد النكاح - وهو السكن والنسب؛ لأن الخروج والبروز يريب فلا يطمئن قلبه إليها، وإذا جاءت بولد لا يثق بكونه منه، وهذه الضرورة منعدمة في جانب الزوج فلا يثبت عليه قيد النكاح، والثاني: أن قيد النكاح هو ملك النكاح وهو الاختصاص الحاجز والزوج مالك؛ لأن المرأة مملوكة ملك النكاح، والمملوك لا بد له من مالك ولا ملك لغير الزوج فيها، فعلم أن الزوج مالكها؛ فاستحال أن يكون مملوكًا بخلاف ما إذا أضاف الطلاق إليها، فإن قال لها: أنت طالق؛ فلا يمكن حمل هذه الصيغة علىٰ الإخبار؛ لأنه يكون كذبًا لكونها غير منطلقة لثبوت قيد النكاح، فيحمل علىٰ الإنشاء أنه ممكن لعدم الانطلاق قبله، وهذا التقرير الذي ذكره الكاساني يمنع من ادعاء الحمل العرفي الذي اتكأ عليه الغزالي ومن وافقه. ينظر: بدائع الصنائع، ٣/١٤٢.

قلت: وللشافعية أن يجيبوا عن الوجه الأول بأن أمر الله تعالىٰ المتوجه للزوج بالطلاق في قوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ ظاهرٌ، وهو نهي عن ضده، وهذا مسلم، ولكن النزاع هنا أن يكون قول الرجل لامرأته: أنا منك طالق؛ ضد هذا الأمر، لأن إضافة الطلاق له لا يعد مخالفة للأمر، إذ الأمر هنا بإيقاع الطلاق من قبل الزوج، لا بإسناده للمرأة علىٰ وجه الخصوص، فكان الأمر عامًّا، وثبوت الأعم لا يلزم منه ثبوت صورة خاصة بعينها، فكان قول الرجل لامرأته: أنا منك طالق؛ امتثال للأمر، إذ هو الذي أوقع الطلاق بنفسه، ولكن مع إسناده له لا إليها، فيحصل الانفكاك بذلك عن حجة الحنفية.

أما الوجه الثاني للحنفية، فللشافعية منع مقدمته الثانية، وبيان ذلك أن الكاساني قال في تقريره لحجتهم: «قول الرجل لزوجته: أنا منك طالق؛ إما أن يعتبر إخبارًا عن كونه طالقًا كما يقتضيه ظاهر الصيغة وإما أن يعتبر إنشاءً - وهو إثبات الانطلاق - ولا سبيل إلىٰ الثاني؛ لأنه منطلق وليس عليه قيد النكاح.... والمقدمة الثانية هو أنه لا سبيل لاعتبار=

❊ **فإن قيل:** فلو قال: أحللتُ أختَكِ لي، ونوىٰ الطلاق؛ ينبغي أن يقعَ لأنه موجبُه؛ معناه: طلقتُكِ فأحللتُها لي.

۞ **قلنا:** هذه المسألةُ غيرُ منصوصةٍ، وإنما ولَّدها الخاطر في الحال، فإن تنبَّهَ لها موردٌ فيقالُ له: وما قولكم فيه؟ فإن زعموا أن الطلاق لا يقع به، طولبوا بالفرق بينه وبين قوله: اعتدِّي؛ فإن العدة موجَبٌ شرعي، وكذلك حِلُّ الأخت، فلا يجدون بينهما فَرْقًا، ولأجل ذلك ينقدح المنعُ، وإن انقدح لهم فرقٌ وهو أن وقوع العدة عَقيب الطلاق غالبٌ في العرف، وحاضرٌ في الأذهان، وغيرُ بعيد عن الذُّكْرِ والفِكر، أما إحلالُ الأخت بالطلاق فلا يخطرُ بالبال إلا عند الإخطار، ويغلِبُ ألَّا يكون للمرأة أختٌ،

= اللفظ إنشاءً؛ لأنه منطلق من قيد النكاح بالفعل، وهذا ممنوع، لأن قيد النكاح ثابت عليه أيضًا من جهات عدة قد بينها المصنف، منها أنه لا يحل له الزواج بأخت امراته، وهذا نوع قيد علىٰ الزوج، وغير ذلك من القيود يعلم بالتتبع، ويكفينا في ذلك ذكر هذا المثال، فبه يتم منع هذه المقدمة ويبطل الاستدلال برمته.

وقد زاد الحنفية في استدلالهم وجهًا ثالثًا من السنة، وهو قوله ﷺ: «**تَزَوَّجُوا وَلَا تُطَلِّقُوا فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَهْتَزُّ لَهُ عَرْشُ الرَّحْمَنِ**»، ووجه **الاستدلال:** أن الحديث فيه نهي عن التطليق مطلقًا، سواء كان مضافًا إلىٰ الزوج أو إلىٰ الزوجة، وأكد النهي بقوله ﷺ: «**إِنَّ الطَّلَاقَ يَهْتَزُّ لَهُ عَرْشُ الرَّحْمَنِ**؛ فظاهر الحديث يقتضي أن يكون التطليق منهيًّا سواء أضيف إلىٰ الزوج أو إليها ثم جاءت الرخصة في التطليق المضاف إلىٰ الزوجة في نصوص الكتاب من قوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾، وقوله تعالىٰ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ وقوله تعالىٰ: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾، ونحو ذلك فبقي التطليق المضاف إلىٰ الزوج علىٰ أصل النهي، والمنهي غير مشروع والتصرف الشرعي إذا خرج من أن يكون مشروعًا، لا وجود له شرعًا فلا يصح ضرورة. ينظر: بدائع الصنائع، ٣/١٤٢.

وهذا الوجه باطل من أصله، فالحديث موضوع لا يصحُّ بوجه من الوجوه. ينظر: الموضوعات، لابن الجوزي، ٢/٢٧٧، والمقاصد الحسنة، ص٤٩.

وإن كانت فتكون منكوحةً، وإن لم تكن فلا يقصد نكاحها بتطليق أختها، فإذا بعُد عن القُصود والإرادات بعُد عن الاعتقادات، فلم يقربْ من الفهم؛ بخلاف العدة واللحوق بالأهل والخروج من المسكن والخلاص من احتكام الزوجات واقتراحاتِهن الغالبِ علىٰ النفوس والقلوب عُرْفًا، فهذا الكلام ينتهض عُذرًا لهم ولنا جميعًا، وهذا هو الطريق في كل ما يوردُ، فنطالبهم بالفرق بينه وبين لفظ الاعتداد مع أنه يحتمل الاحتسابَ والعدَّ، قال الله تعالىٰ: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[1]، ويحتمل العدةَ من غيره، ثم مع ذلك قرُب الإضمار فينتهض عذرُهم لا محالةَ عذرًا لنا، فإن منعوا منعْنا، ولا ينبغي أن يرتاع الفقيه إذا لم تكن المسألة مسطورةً؛ لأن الكتابات لا حَصْرَ لها، والمسطور لا يفي بها، وإنما ينبِّهُ علىٰ الطريق، وما ذكرناه طريقٌ قريبٌ من الفهم في العُرف، فما ساواه في القرب من الفهم عرفًا فهو في معناه، وما يتقاعد عنه فلا يلزم عليه.



❊ **مَسْألَة: إذا أضاف الطلاقَ/ إلىٰ جزءٍ معيَّنٍ وَقَع وَسَرىٰ**[2]، وقال [٢٧٤/ب]

(١) سورة الأحزاب، جزء من الآية (٤٩).

(٢) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٤/١٨٤، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٠/٨٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٨/٦٥، وهو مذهب المالكية، ومذهب الحنابلة: أنه إذا أضاف الطلاق إلىٰ ما ينفصل عنها في حال الحياة، كالشعر والسن والظفر لم يقع عليها، وإن أضافه إلىٰ سائر أعضائها وقع عليها الطلاق. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٢/١٨٥، والفروع، ٩/٦٣، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٢/٤٨١، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٩/١٧.
والمقصود بسرايته، هو أن الطلاق يقع علىٰ هذا الجزء المعين الذي أضاف الزوج إليه=

أبو حنيفةَ: لا يقع[1]. فنقولُ: كل جملة لا يتجزأ في حكم الطلاق، فذِكْرُ بعضه كذِكر كلِّه؛ بدليل الزمان والمكان والجزء الشائع ونفسِ الطلاقِ، وصورتُه أن يقولَ: أنت طالق في هذا البيتِ، أو في هذا الشهرِ، أو: نصفُك طالقٌ، أو: أنتِ طالق نصفَ طلقةٍ.

ونحقق فنقولُ: أيُّ فرق بين أن يقولَ: نصفُكِ طالقٌ، أو: نصفُك الأعلىٰ ـ أو الأسفلُ أو الأيمنُ أو الأيسرُ ـ طالقٌ، فإن سلَّموا في تعيين الأعلىٰ والأسفل ترَقَّيْنا من النصف إلىٰ العُشر وعُشْرِ العُشْر من الأيمن والأيسر والأعلىٰ والأسفل، ويكونُ الأمر فيه راجعًا إلىٰ حدِّ الإصبَعِ مثلًا، فإن منعوا إذا قلَّ الجزءُ المنسوبُ فنقولُ: أين المرَدُّ؟ وما الضابط؟ ولن يقدِرَ أحدٌ في عالم الله علىٰ الضبط إلا بما ذكرْناه من كون المذكورِ جزءًا من الجملة التي يَسْتَرسِلُ عليها حكم الطلاق.

❊ **فإن قيل**: الضبط بما هو مقصود من النكاح، والنكاحُ معقودٌ للتناسل وقضاء الوَطَرِ، فمورِدُه الأصليُّ الفرجُ، وما عداه تابعٌ.

❁ **قلنا**: فلو قال: جميع بَدَنِك سوىٰ الفرجِ طالقٌ، أو قال: الأجزاءُ المحيطة بالفرج من جملة بَدَنِكِ طالقٌ دون الفرجِ؛ فينبغي ألَّا يقع الطلاقُ،

= الطلاق، ثم يسري الطلاق إلىٰ سائر الجسد، وهذا أحد المسلكين عند من يقول بوقوع الطلاق المضاف إلىٰ جزء من المرأة، والمسلك الآخر هو أن الطلاق يقع عليها جملة تسمية للكل باسم البعض، وينبني عليه إذا قال: إن دخلت الدار فيدُكِ طالق؛ فدخلت وقد قطعت يدها، أو قال: يدك طالق، ولا يدَ لها، فعلىٰ القول بأنه يقع عليها جملةً تسمية للكل باسم البعض يقع، وعلىٰ القول بالسراية لا يقع.

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٦/٨٩، وتحفة الفقهاء، ٢/١٩٥، وبدائع الصنائع، ٣/١٤٣، والهداية شرح بداية المبتدي، ١/٢٣٢، والاختيار لتعليل المختار، ٣/١٢٦.

وهذا لو قال به قائل فمع كونِه هاذيًا وخارجًا عن إجماع العلماء كافةً مبطل في أصل دعواه؛ لأنه إن كان المقصودُ التناسلَ فمحلُّه الرحمُ، فهي الأرض التي فيها ينبُتُ البَذْرُ، وإنما الفرجُ طريقٌ، والطريقُ تابعٌ أو هو وسيلة بها تتحرك الآلة الدفَّاقةُ بالبَذْرِ، فليختصَّ الطلاق بالرحمِ، وهو هُجْرٌ من الكلام يلزم عليه بطلانُ نكاح العاقر والعقيم كبطلان استئجار الأرض السَّبِخةِ للإنبات وهي لا تنبِتُ، وبطلانُ نكاحِ الرُّتَقاء والمجبوبِ، فإن قالوا: إنَّ الاستمتاع بالفرج أيضًا مقصودٌ فليبطُلْ نكاحُ الرُّتَقاء والمجبوب، وإن زعموا أنه ليس كل المقصود.

❁ **قلنا:** فالمقصود هو الذي يقومُ العقدُ بقيامه، فما هو سوىٰ الاستمتاع بجملة بدنِها، وأيُّ مَسْلكٍ دلَّ علىٰ أن الفرجَ علىٰ حِيَالِه هو المقصودُ بالاستمتاع دون العجائزِ والأفخاذِ والبطن والثَّدْيِ والوجهِ الجميل والأصداغِ المُرْسَلة؟ كيف والمرادُ السكنُ والازدواجُ، وهو حاصلٌ بها بجُمْلتها من غير أن يُقْدرَ علىٰ تعيين محلٍّ منه، فإن قالوا: نُضيفُ إلىٰ الفرج ما به قوامُ الفرجِ، وهو ما به قوام الحياةِ حتىٰ يتعطَّلَ الفرجُ بسبب زواله.

❁ **قلنا:** فليقع الطلاق بالإضافة إلىٰ الرِّئة والكبد والمثانة والدماغ والأعضاء الرئيسية والدمِ والنفْسِ والمعِدة وآلات النفَسِ والطعامِ، وليس ذلك مذهبَهم.

❊ **فإن قالوا:** هذه الأعضاء ليست محلًّا للاستمتاع، والحِلُّ لا يتناولها، فليكنْ مع كونه قوامًا محلًّا للاستمتاعِ.

❁ **قلنا:** فمحلُّ الاستمتاع الصفحة العُليا إن أرادوا به ما يتعلَّقُ به

1/275 حاسَّةُ البصر/ والملمَسِ؛ فلو قال: جميعُ بدنك سوىٰ الصفحة العليا منك طالقٌ، ينبغي ألا يقعَ الطلاقُ، ثم يلزم من تخصيص الحلِّ بالصفحة العليا الافتقارُ إلىٰ تجديد النكاح عليها مهما تنحتُّ البشرة بالجُدَرِيِّ والقروح، وهذا فتحُ بابٍ للحماقة لا منتهىٰ لها، ثم لو قال: مقدارُ درهم من وسَطِ هامَتِكِ إلىٰ مسامِن حلقك طالقٌ، ينبغي أن يقع الطلاقُ؛ لأن هذا لا تَحيا إلا به، وقد جمع فيه بين جزء من الباطن الذي به قيام النفس، فإن زعموا أنه يقع فلو عيَّن البشرة من البشرة من البطن، وأضاف إليه باطِنَ الدماغ فينبغي أن يقع أيضًا؛ إذ لا مفارقةَ إلا أن البشرة لم تقع في مسامِنِ الباطن، فلا يزالون يميلون عن منهاج الحقِّ، فنُخبِّطَ عليهم بمثل هذه التفصيلات حتىٰ يتخبَّطون فيه خَبْطَ عشواءَ، ويتبيَّنُ به ميلُهم عن سواء السبيل(١).

❊ **فإن قيل**: لا نقولُ علىٰ هذا المسلكِ، ولكنا نقولُ: الأعضاء المعينة كلُّها تابعةٌ في الحلِّ، ولا يضاف الحِلُّ إلىٰ ما هو تابعٌ.

۞ **قلنا**: إذا كان النصف الأعلىٰ تابعًا والأسفل تابعًا، فما المقصود؟ وكذلك القول في تعيين كل عضوٍ، فيتخبط عليهم بيان الفاصِلِ بين التابع والمتبوع، ولا يجدون إليه سبيلًا إلا بالعَوْدِ إلىٰ ما تبقىٰ الحياةُ به كما سبق، وبَانَ أنها متخبِّطةٌ أيضًا.

❊ **فإن قيل**: كما يجوز أن يضافَ إليه تصرُّفٌ صَحَّ إضافة الطلاقِ إليه، وما لا فلا.

۞ **قلنا**: يبطُلُ بنصف طلقةٍ؛ فإنه لا عَهْدَ في التصرفات بنصف عُقدةٍ،

---

(١) كذا ظن المصنف ﵀ أن ما أورده من تفصيلات يفضي بالحنفية إلىٰ التخبط خبط عشواء!

ثم يبطلُ بالنصف الأعلىٰ والأسفل؛ فإنه لا يُضاف إليه تصرُّفٌ، والظن به أنهم يسلِّمون، فإن منعوا ذلك قلنا: لا نسلِّمُ أن اليد لا يضافُ إليه تصرُّفٌ؛ بل يضاف إليه الإباحةُ والعفو والتوكيل بالاستيفاء في القصاص، وكل تصرفٍ يقبَلُ حُكمَه؛ إلا أن الأحكام منقسمة؛ منها ما لا يصِحُّ علىٰ المعيَّنِ كالبيع والشراء والنكاح والطلاق؛ لأنه لا يقبل حكمه، ومنها ما لا يصح بطريق القرار علىٰ الشائع كالرهن عندهم والنكاح بالاتفاق، ومنها ما لا يصح علىٰ الجملة كالبيع في المستولدةِ والمدبَّرِ والنكاح في الأمهات، وليس المتَّبَعَ شيوعٌ ولا تعيينٌ؛ بل ليس المتبعُ كليةً ولا جزئيةً، بل المتبع قبولُ المحلِّ حُكْمَ التصرفِ، والنصفُ الشائع في نَبْوتِه عن قبول الطلاق والنكاح قرارًا عليه كالمعيَّنِ، فلا فرق بينهما في هذا الحكم، وافتراقُهما في حكمٍ ما لا يمنع اجتماعَهما في الطلاق؛ كما أن افتراقَ النصف والجملة في الرهنِ لم يمنَعِ اجتماعَهما في الطلاق.

❊ **فإن قيل**: سببُ سِراية الطلاق كونُ المضاف إليه مثلَ المستثنىٰ عن الإضافة في نسبة الحلِّ، فإنَّ الجزء الشائعَ المذكور كالمبقَّا، ونصفُ طلقة ذُكرت كنصف طلقة تُرِكَتْ، وأما الزمان والمكان فلا حاجة إلىٰ الإضافة إليهما في الطلاق، فالتجزئة والتكميلُ فيهما لَغْوٌ، ومهما كان المذكور كالمتروك تساويًا فرجَح الشرعُ جانبَ النفوذِ علىٰ جانب السقوط تغليبًا للحظر/ بعد تساوي الحُرمة والحِلِّ في المذكور والمتروك من حيث قوةُ [٢٧٥/ب] الذات علىٰ معنىٰ أنَّ النصف المذكور كالمتروك في أنه إن كان قائمًا فالنصف الآخَرُ قائمٌ، وإن كان قائمًا بنفسه فالنصفُ الآخر كمِثْلٍ، وأما ها

هنا المذكور المعين ليس مساويًا الباقيَ ؛ لأن قيامه بالباقي ، وليس قيامُ الباقي به ؛ إذ يتصوَّرُ حلٌّ في الباقي دونَه ، ولا يتصور حِلٌّ فيه دون الباقي ، فكان واقعًا منه موقع التابع من المتبوع والعَرَض من الجوهر ، ولأجل ذلك قلتم: لو سقط طرف العبد قبل القبض لأُسْقِطَ به قسطٌ من الثمن ، ولو خرج نصفَه مستحقًّا أو اشترىٰ عَبْدين فتلِفَ أحدُهما سقط بسببه قسطٌ من الثمن ، وعلىٰ الجملة الحِلُّ في العضوِ المعيَّن تابعٌ ؛ فإضافة الطلاق إليه قصدًا محالٌ.

۞ قلنا: كونه تابعًا إن عنيتم به أن الزوجة لم تقصِدْه فليس كذلك ، وإن عنيتم به أن اسم المرأة عند التزويج لم يتناولْه بحكم العموم فليس كذلك ، لا يبقىٰ إلا أنَّ النفسَ تَبْقىٰ دونَه.

۞ قلنا: فخصِّصُوا الطلاق بما لا تبقىٰ النفْسُ إلا به ، ويلزم عليه تمييز آلات النفس وآلات الطعام والأعضاء الرئيسية عن الصفحة العليا من جميع البدن علىٰ ما تقدم من الخبط فيه ، وإذا تخبَّط هذا الفنُّ فالتَّبع ما لا يمكن إفرادُه بالحِلِّ ، وكما لا يحلُّ طرفٌ دون النفس مع الاتصال لا تحل نفسٌ دون الطرف مع الاتصال ، فالتلاصق والتلازم في الحلِّ حالة الاتصال علىٰ وجه واحدٍ ، بقي أن اليد لو فصلت بقي الحلُّ في النفس.

۞ قلنا: لا جَرَمَ حالة الانفصال يضاف الطلاق إلىٰ البدن فينفُذُ ، وإلىٰ الطرف فلا ينفذُ ، فعند الافتراق فرقْنا ، وهذا لا يوجب فرقًا عند الاتصال ، وهذا كالجنابة تحُلُّ سائر البدن ، والمستعمل فيه يصير نجِسًا عندهم ، ومُجْتَنَبًا في التطهير عندنا ، ثم المستعمل في اليد كالمستعمل في جميع البدن مع أنه

لو فُصلَتِ اليد بقيَتِ الجنابةُ ووجوبُ الغسل في الباقي، فلو غسل اليد ثم فُصلت كان الماء المستعمل فيه مستعملًا، ولو غُسِلَ بعدَ الإبانة لم يكن له حكمُ الاستعمال، فكذلك انتشار الحل لنكاحٍ مقصودُه الوطءُ علىٰ جميع البدن كانتشار الجنابة بالوطء الواقع في الفرج علىٰ سائر البدن، وأما سقوط قسط من الثمن فمن الأصحاب مَن قال: لو تلِف أحد العَبْدين أيضًا، وقلنا: إن الصفقة لا تفرَّقُ، فطريقه أن يُجيز بكلِّ الثمن كما في اليد فلا فرقَ، وقد يرجع بقسط من الثمن إذا كان العيبُ قديمًا وتعذَّر عليه الردُّ بعيبٍ حادث في يده، وإن سلم ذلك فهو فرقٌ مرسَلٌ يضاهي الفرق بين الجملةِ والنصفِ الشائع في الرهنِ عندهم لا يوجِبُ فَرْقًا في الطلاق، فكذلك ما نحن فيه، والله أعلم.



مَسْألة: المكرَهُ علىٰ الطلاق والعِتاق والنكاح واليمين والنذر لا ينعقِدُ منه هذه التصرفاتُ[1]؛ خلافًا له[2]، ولنا أن نفرض الكلام في صورة التورية، ونقيسَ علىٰ الإكراه علىٰ الإقرار، فلا خلاف في أنه لو أُكْره حتىٰ/ [٢٧٦/أ]

(١) ينظر: الأم، ٧٤٣/٦، والحاوي الكبير، ٢١٢/١٠، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥٦/١٤، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٥٦/٨، وهو قول مالك وأحمد. ينظر: المدونة، ٧٩/٢، والكافي في فقه أهل المدينة، ٥٧١/٢، وعقد الجواهر الثمينة، ٥١٩/٢، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٣٥١/٣، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٤٣٩/٨، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٧٥/٣.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٤٠/٢٤، وتحفة الفقهاء، ٢٧٦/٣، وبدائع الصنائع، ١٧٦/٥، والاختيار لتعليل المختار، ١٠٦/٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٨١/٥.

قال: طلقتُ ثلاثًا بالأمس. ثم قال: كذبتُ قبلُ. فإذا قال: طلقتُ ثلاثًا. حيث طولِبَ بالإنشاء ولم يقُلْ: بالأمس. ثم قال: أردت به أني طلقت بالأمسِ كاذبًا. أو قال: طلقتُ. ثم قال: أردت به طلاقًا في نكاح سابقٍ وكنت صادقًا فيه. أو قال: أنت مطلَّقةٌ. وقال: أردت أنها مطلَّقةٌ من زوج آخرَ كان طلَّقَها قبل نكاحي. أو قال: أردت أنها طالق عن وِثاقٍ. فينبغي أن يُقبلَ؛ لأن القرينة تصدِّقُه؛ كما أن القرينة تصدِّقُه في قوله: كذبتُ في الإقرار. ولا فرقَ، ومِن أصحابنا من قال: إنْ تَركَ المكرَهُ التورية وقع طلاقُه. وعند هذا لا يستقيم لهم فرقٌ.

❊ **فإن قيل:** الإقرار غير موجِبٍ فراقًا، ولكنه مظهِرٌ لسبب سابقٍ، ومع الإكراه خرج عن كونه مظهرًا، وأما الإنشاء فلا يفتقر إلىٰ قرينة ونيةٍ، ولهذا يعمل في حق المختار وإن أظْهر هذه الوجوهَ من النية.

❁ **قلنا:** إقراره لم يخرجْ عن كونه مظهرًا، والمكره لمَّا عدل عن الإكراه علىٰ الإنشاء إلىٰ الإكراه علىٰ الإقرار، كان ذلك قرينةً علىٰ أنه يُكْرِهُه علىٰ إظهار ما كتمه ويُلْجِئُه إلىٰ الصِّدْقِ، ولولا كَرْهُه علىٰ الإنشاء فصِدْقُه ممكنٌ ككَذِبِه، ثم صُدِّقَ بقرينةِ الإكراه، فكذلك صِدْقُه في هذه البيِّنةِ ممكنةٌ، والنَّاوي لذلك في الإنشاء إذا صُدِّقَ لا ينفُذُ طلاقُه باطنًا؛ كما أن الكاذب بالإقرار لا يلزمُه باطنًا ولو انضم إليه قرينةٌ؛ كما إذا كانت مقيدةً؛ فقال: أنتِ طالق. وكذلك إذا قال: يا طالقُ. واسمها طالق، وقال: أردت النداءَ دون الإنشاء، يُقْبَلُ، ولو قال العجميُّ: أنتِ طالقٌ ثلاثًا. ثم قال: لم أفهمْ معنىٰ اللفظ وكنت مُلَقَّنًا فيه؛ قُبِلَ، ولا فرق إذًا بين الإقرار

والإنشاء علىٰ هذا الوجه.

المسلكُ الثاني: الفرض في العتق، وقد قالوا: ينفُذُ العِتْقُ ويُغَرَّمُ المكْرِهُ.

فنقول: لَفْظُ «العتاق» صدر منه بقصدٍ قائم بنفسه، وبداعية نشَّأَها المكرِهُ فيه، فإما أن يضافَ إليه أو إلىٰ المكرِهِ أو إليهما، فإن أضيف إليه فإيجاب العزم علىٰ المكْرِهِ لا وجْهَ له، وإن أضيف إلىٰ المكرِهِ انقطع بسببه عن المكرَهِ، فتنفيذه لا وجه له، وإن أضيف اليهما بالشركة فليجِبْ نِصْفُ الغُرْمِ، فأما تنفيذُ العتق وإيجابُ كلِّ الغُرم فلا وجهَ له.

❊ **فإن قيل**: مباشرة الإعتاق والنطق به مضافٌ إلىٰ المتكلِّم الناطق به، ولكن المكرِهُ سببٌ في نطقِه، والضمان في الأحوال يناطُ بالأسباب، فقد فاتته المالية بسببه، فغَرِمَه وباشر المكرَهُ النطقَ بالعتاق فنَفَذَ.

❁ **قلنا**: السببُ إن ضعُفَ فالمباشرة الطارئة تقطعُه، فالمباشرةُ إن قَوِيَتْ حتىٰ نفَذ، فقد انْمحق حكمُ نسبة السبب كالممسك مع القاتل، وإن قَوِيَ النسبُ بطَلَتِ المباشرةُ؛ كما قالوا في المكره علىٰ القتل؛ فإنه مباشِرٌ؛ لأن القصاص لا يجب إلا بالمباشرة، فلتنقطع المباشرةُ عن المتكلم بالعتق حتىٰ لا ينفُذَ؛ فإنَّ فوات المالية/ حصَل ضرورةً لنفوذ العتق، والعتق مضاف إليه، [٢٧٦/ب] فما حصَل ضرورةً له كيف يُضافُ إلىٰ غيرِه؟!

المسلك الثالثُ: وهو إبانة مأخذٍ علىٰ العموم في سائر المكره بترك الفرض، ونتكلَّمُ في الطلاق فما جرىٰ فيه فهو في غيره أَجْرىٰ.

فنقولُ: الفراق إنما يحصل بتطليق الزوج، وتطليقه فِعْلُه، وما ليس فِعْلًا مضافًا إلىٰ الزوج علىٰ الإطلاق لا يحصُلُ به الفراقُ، وفِعْلُ المكره غيرُ مضاف إلىٰ الزوج علىٰ الإطلاق فلم يحصل الفراق به؛ فقد أثبتتِ النتيجة علىٰ مقدمتين:

إحداهما: أنَّ ما ليس فعلًا مطلقا للزوج لا يقعُ الطلاق به، **والآخر**: أن طلاقَ المكره ليس فعلًا له علىٰ الإطلاق، أما المقدمة الأولىٰ فالدليل عليه أن طلاق النائم غيرُ واقعٍ، وكذلك طلاق من التَفَّ لسانُه بكلمة الطلاق، أو سبق كلمة الطلاق إلىٰ لسانه؛ كما إذا قال لزوجته: يا طالقُ؛ واسمها طارِقُ، فقصد الراء، فسبق لسانه إلىٰ اللام وصدر منه كلمةُ الطلاق، فلا يقع طلاقُه بالإجماع، وهو المتكلم بذلك الكلامِ، وهو فعْلُه من حيث إنه قائمٌ به وبلسانه، ولا ينطلق اللسان بالكلام إلا بنوعِ قصدٍ، ولكنه قَصْدٌ مضطرب تمتزج به حركاتٌ اضطراريةٌ؛ فهو فعل من وجهٍ، وليس فعلًا من وجهٍ، فلم يُنَطْ حُكْمُ الطلاق به؛ لأن الطلاق عبارةٌ عن فعل مطلق لا اختلاطَ ولا اختلال في القصد إلىٰ إيجاده من جهة اضطرارٍ مقرونٍ به.

أما المقدمة الثانية: وهو قولُنا: فعل المكره ليس فعلًا له مطلقًا بل هو منقطع النسبة عنه من وجه، والدليل عليه العقل والعرف والشرع، أما العقل فهو أن الفعلَ مضاف إلىٰ من يقوم الفعلُ به من وجهٍ؛ يقال: النائم متكلِّمٌ، وقارئٌ للقرآن، وما يجري مجراه إذا جرىٰ علىٰ لسانه من حيث إنه قام به، وقد يطلق اسم الفاعل علىٰ موجِدِ سببِ وقوع الفعل الذي لولاه لم يقَعِ

الفعلُ، وبهذا التأويل يصِحُّ نسبة الأفعال كلِّها إلىٰ الله من حيث إنه موجِدُ الأسباب، ويُنسَبُ إلينا مِن حيث قيامُها وتعلُّقُها بقصدِنا نوعًا من التعلُّقِ، فنسبة الفعل إلىٰ المكرِهِ عقليٌّ من حيث إنه موجِدُ العلة المُفْضية إلىٰ وقوع الفعل، ونسبته إلىٰ المكره حِسِّيٌّ من حيث إنه قائمٌ به صورةً، ولا حاجة إلىٰ التطويل في هذا مع الخصم؛ فإنه قال: لا يجب القصاصُ إلا بالمباشرة، ويجب علىٰ المكره فإنه مباشَرةٌ؛ لأنه عبارةٌ عن إيجاد علةِ الفعل، وقد وجد منه ولسنا نؤثِرُ أن نستمد الآن مِن فن الكلام في بيان حقائق الأفعال، ولا نؤثِرُ أن نستعمل فن المعقول في الفقه؛ إلا إذا تأيَّدَ بالعادات والاعتقادات، والعُرْفُ مشير إلىٰ حوالة الفعل علىٰ المكره، فيقال: هو الذي فعل ذلك تحقيقًا، وكيف لا وهم يسمُّون الكلب صيادًا من حيث إنه المتناولُ للصيد، ويسمّون مستعملَ الكلب صيادًا من حيث إنه الذي اتخذه آلةً له في/ [٢٧٧/أ] الاقتناصِ؟! فمن اتخذ غيرَه آلةً في غَرَضِه يسمىٰ فاعلًا عُرفًا، وهو كذلك عقلًا، والشرع ورد بتأييده إذ أوجب القصاصَ علىٰ المكرِهِ وجعَله مباشرًا، وأسقطه عن المكره عندهم، وهو أصح قولَيْنا؛ مع أنه فاعل حسًّا، ولكن يظن أنه موجِدُ علة العلة تحقيقًا، وكذلك لو أكرهه علىٰ إتلاف مال نفسه وإحراقه فأحرقه، وجب الغُرْمُ علىٰ المكرِه، ولا يجب الغُرم إلا علىٰ متلِفٍ، فإن كان الفاعل هو المالكَ فلم يطالَبُ غيرُه؟ ولكن قيل: هو فاعل من حيث إن الفعل بصورته قائم به، غيرُ فاعل من حيث إن علة وقوع الفعل غيرُ حاصل منه، وإنما هو من غيره، فقد تم بيانُ المقدمتين، والنتيجةُ بعد ذلك قطعية.

❊ **فإن قيل**: ما ذكرتموه من قطع نسبة الفعل عن المكرَهِ مُسَلَّمٌ فيما يجوز أن يكون المكره آلَة فيه؛ كالقتل والإتلاف والأفعال، فإنه يمكنه أن يقتل به بأن يحمِلَه ويضرِبَه علىٰ غيرِه، ولا يمكنُه أن يتكلَّم بلسانه حتىٰ يقالَ: المكره هو المتكلِّمُ بلسانِ غيره.

❁ **قلنا**: اعتبر الشرع في الأقوال أيضًا؛ فإنه أوجب الغرم عندكم علىٰ المكرِهِ علىٰ العِتق، وفواتُ المال ابتنىٰ علىٰ نطقه بالكلام، فإذا لم يمكنْ أن يكون آلة له في النطق فما هو حاصلٌ تابعًا له كيف ابتَنىٰ عليه؟

والتحقيق في الجواب: هو أنه لا فرقَ، فكما لا يعقل أن يتكلم بلسانِ غيرِه لا يتصوَّرُ أن يقتل بقولِ غيرِه، وإذا حمله وضربه عليه فليس متخذًا له آلةً ولا قاتلًا بفعله، فإن ذلك يتصور مع الميت، وأما الفعل: ما يفتقر إلىٰ العلم والإرادة والحياةِ، والكتابةُ والرّميُ فِعْلُ الأصابع شرطه الحياة والعلم والإرادة، وتقطيعُ الصوت فعْلُ الحلق واللسان، وشرْطُه العلم والحياة والإرادة، فكما لا يُتصور أن يكون للبشر قدرةٌ علىٰ صرف قدرة غيرِه إلىٰ النطق بلسانه، فلا قدرةَ له علىٰ صرف قدرة غيره إلىٰ الكتابة بأصابعه والرمي بيده والمشي برِجْله إلا بطريق إثارة الدواعي بالتخويف، وذلك جارٍي في الكلام فلا فرق.

❊ **فإن قيل**: كيف تتلقَّون هذا من التفاف اللسان وَثَمَّ القصدُ معدومٌ أصلًا إلىٰ الحرف السابق إلىٰ اللسان؟ وما لم يصدُرْ عن قصدٍ لا يكون فعلًا، وها هنا القصد موجودٌ قطعًا.

﴿ قلنا: قولُكم: القصد معدومٌ ثَمَّ؛ ليس كذلك مطلقًا؛ فإنَّ اللَّامَ الذي سبق اللسانُ إليه كان ذلك بقصدٍ في تحريكه على الجملة، ولكن اختلَّ القصدُ من حيث امتزجت به حركةٌ اضطراريةٌ، ومثل هذا يتصور في المكره، فإنا قد نشترط في طريقه أن يكون المكرَهُ في الخوف بحيث يتخطى الشوكَ والنار في الهرب إذا وجد مَخْلَصًا، ويقع ذلك منه في صورةٍ قصد ممزوج باضطرارٍ، فلا فرقَ؛ على أنا نقول: فهذا القصد وإن كان موجودًا حسًّا فهو مختل بالإضافة إلى قصدِ مَن لا إكراه معه، وقد ألحق الشرع هذا القصد المختلَّ من وجهِ المنقطعَ نسبتُه/ عن المكرَهِ بالمعدوم. [٢٧٧/ب]

※ فإن قيل: وليس هذا حكمًا مطلقًا بل الأحكام منقسمةٌ؛ فإسلام المكره صحيحٌ، وطلاقُ المولي مع الإكراه واقعٌ، والمكرَهُ على القتل والزنى آثِمٌ، وإذا تقابلت المسائل ودار الطلاق بينهما فمَيلُه إلى النفوذ لا محالةَ، وكذلك إذا أُكْره على الإرضاع حصَلَتِ الحُرمةُ.

﴿ قلنا: إذا بان أن الشرع مُعْدِمٌ حُكْمَ قصد المكره في موضع دون موضع، فعلينا أن نبيِّنَ الفيصل الفارقَ، وليس ذلك إلا المصلحةَ في عصمة الحقوق ودفع مقصود الظالم ما أمكن، وعليه يخرج الإسلام وطلاقُ المولي فالإكراه عليه حق لا ظُلْمَ فيه، وعليه يخرج الرضاعُ؛ فإن غرضَنا أن نقطع نسبة الفعل عن المكرَهِ، والرضاع عن موقوف على فعل الزوج؛ بل المكره لو باشر بنفسِه إيصالَ اللبن إلى الجوف كفى، فما لم ينط بالقصد فالإكراه لا يؤثِّرُ فيه؛ فإنه إنما يخدش القصد ويطرِّقُ الخللَ إليه، وأما إذا كان

المكره مظلومًا بفِعْلِه مقطوعَ النسبة عنه إلا في الإثم في باب القتلِ، وسببُه الوفاءُ بعينِ هذه المصلحة، وهو عصمة الحقوق عن الظالمين، فإنا إنَّما نقطع الحكم عن المكره كيلا يؤديَ إلىٰ تحقيق مقصود الظالم في حق مقصودٍ، ولو قلنا: يباحُ له القتلُ؛ فالقتيل معصومُ الدم، ولا سببَ للتسليط عليه إلا حِذارُ نزول الهلاك بالمكره، فكيف نسلِّطُه علىٰ تفويت عصمة ناجزةٍ وإبطالِ دمٍ محترمٍ يقينًا؛ لتوقُّعِ فوات دمِه بإكراه المكرِهِ، فيتناقَضُ الأمرُ لو قيل به، فاتُّبع فيه المصلحة، وكذلك الزنا؛ فإن تفاحش الزنىٰ كتفاحُشِ الدم، وصيانةَ الإبضاع كصيانة الدماء، فلم يجز الهجومُ عليه تحقيقًا لتوقُّعِ الهجوم علىٰ دمِه توهمًا؛ إذ لا يليق ذلك بعصمة الحقوق وإعدام الباطل، وبهذا يستقيم التعليل لهم في تخصيص القصاص بالمكره مع إثْمِ المكره، وهو أصحُّ قولَيْنا.

❊ فإن قيل: إذا رجع حاصلُ الكلام إلىٰ اتباع المصلحة لم يستقِمْ قياس الطلاق علىٰ غيره؛ فإنا نعلم أنَّ بيع الهازل والمخطئ والناسي لا ينفُذُ لنوع مصلحة، وإنها موجودة في الطلاق، وكذلك إذا أقَّت البيعَ بزمانٍ أو حضورٍ بمكان أو بنصف بَيعٍ لم ينفُذْ لمصلحة هي موجودةٌ في نظيرِه من البيع، ثم فُرِّقَ بينهما في الهزل وغيره، فكذلك ما نحن فيه.

❁ قلنا: الطلاق فارَق هذه التصرفاتِ في بعض الأحكام كالهزل وغيره، وساواه أيضًا في بعضٍ وهو التفافُ اللسان وامتناع وقوعه بسبب الصبي حتىٰ لا ينفُذَ من الولي والصبي جميعًا إذا اجتمعا عليه، فالأمر فيه لا بدَّ مِن ضابطٍ.

فنقول: إنما ساوى سائر التصرفات في حق الصبيِّ؛ لأنَّ الصبي مما يعُمُّ وقوعُه، فالحاجةُ إلى النظر للصبي حاجة عامة فاستوى بالإضافة إلى قوته وعمومِه الطلاقُ والبيعُ، وأما تجزئة الطلاق لَفْظًا/ أو زمانًا والهزل به: [٢٧٨/أ] ليس في المنع منه ما يناقض مصلحةً كليَّةً، وفي تسليط الظالمين المتغلبين على زوجات المسلمين بطريق الإكراه ما يناقِضُ مصلحةً كليةً، فلا تبقى قوةُ الطلاق مع مناقضته لمصلحة قويةٍ كليةٍ كما لم تَبْقَ في حقِّ الصبيِّ، وإن ظهر قوتُه بالإضافة إلى الجزئياتِ، وأما الهازِلُ، فإن تعلَّقوا به ابتداءً فهو قاصدٌ إلى اللفظ، وقصدُ المكره إلى اللفظ مختلٌّ حسًّا معدومٌ شَرْعًا، مهما اقتضت المصلحة إعدامَه، وقد اقتضت كما تقرَّرَ.



مَسْأَلَة: إذا طلَّقَ زوجته طلقةً أو طلقتين فنكَحَتْ زوجًا آخَرَ، ثم عادت إليه بنكاحٍ جديدٍ لم يملِكْ عليها إلا بقيةَ الطلاقِ(١)

وقال أبو حنيفة: وَطْءُ زوج الثاني يهدِمُ ما سبق من الطلاق(٢)، **والمعتمدُ** أنه قبل وطء الزوج الثاني لم يبْقَ له إلا ملكُ طلقةٍ، والأصل استصحاب الحكم إلى طرئانٍ مُغيِّرٍ، والمغير هو الوطء، ولا يصيرُ مغيِّرًا إلا بجعل الشرع

(١) ينظر: الأم، ٣٨٧/٨، والحاوي الكبير، ٢٨٦/١٠، والوسيط، ٣٩٨/٥، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: التلقين، ص٣٢٣، وعقد الجواهر الثمينة، ١٨٩/٢، ورؤوس المسائل الخلافية، ٨٢٦/٢، والمغني، ٥٣٢/١٠.

(٢) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١٦٦، وبدائع الصنائع، ١٢٧/٣، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٥٣/١، والاختيار لتعليل المختار، ١٥١/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٩/٢.

إيَّاه مغيِّرًا، ولا يعرف ذلك إلا بنص أو قياس على منصوصٍ، ولا نصَّ ولا منصوصَ إلا الوطءُ بعد ثلاث طلقات، ولم يفهم منه التغيير بل فُهم منه كونُه غايةً للتحريم، ينتهي التحريم عنده انتهاءَ تحريم وطء الصائم بمُضيِّ وقته، وهو اليوم، فإذا لم يكنْ تحريمٌ لم يعقَلِ انتهاؤه، والدليل على أنه غايةٌ قولُه تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[1]، و«حتى» للغاية في اللسان، وأن الوطءَ لا مناسبةَ بينه وبين التحليل لأجنبي؛ هذا يطَأُ زوجته في نكاحه فتحل المرأة لأجنبيٍّ عنها حالةَ الوطء، فلا يُتصورُ أن يعقل منه مناسبة، وإذا انتفت المناسبة انتفى التأثير فتبقى غايةً محضةً لا أثر لها.

❊ **فإن قيل:** فيه مناسبة؛ فإنه شُرِع تشفيًا عن الزوج لمَّا فَجِعها بالطلاق الثلاث وآذاها به؛ ليتأذى أيضًا بالغَيرة التي تلحقه، فإذا حصلت المكافأة عادت محلًّا للحِلِّ.

❁ **قلنا:** ليس ذلك بطريق العقوبة؛ إذ لا عقوبةَ على مُباحٍ، وتفريقُ الطلاق على الإقراء هو السنة عندهم ويثبت التحريم به، وإن سلم تقديرًا فالعقوبة إذا عُجِّلَت قبل وجوبها لم تقَعْ موقِعَها كما أن من يسكَرُ بثلاثة أقداح من النبيذ يُحَدُّ عليه إذا شرب، ثم لو شرب قَدَحًا واحدًا فحُدَّ فشرب الباقيَ لا يقع معتدًّا به؛ إذ لا عهدَ بتقديم العقوبات على أسباب وجوبها، ووجوب هذه العقوبة يتمُّ بثلاثِ طَلَقاتٍ، فإذا وقع قبله وِفاقًا لم تقع عقوبة.

❊ **فإن قيل:** وطءُ الزوج الثاني يوجب في المرأة حِلًّا يتسع لثلاثِ

---

(١) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٣٠).

طلقات كما توجبه الفطرة الأصليةُ، وقد جرت العلة فليثبُتِ الحكم؛ إذ المحل قابلٌ له، فإنها وإن كانت حلالًا ولكنها منفكّةٌ عن حلٍّ نكاح يتّسعُ لثلاث طلقاتٍ، فيثبت الحكم وما بقي يندرج تحته كما لو وطِئ الرجعيّةَ بعد مضي قرءٍ، وعند الشافعي يوجِبُ وَطْؤه إيجابَ عِدَّةٍ في المحلِّ، وإن كانت معتدَّةً، ولكن لها فائدةٌ زائدةٌ، ثم يندرج ما بقي تحته/ حتىٰ لا تبقىٰ [٢٧٨/ب] الرجعةُ إلا في بقية تلك المدة، وما فضل بسبب الوطء الثاني لا تثبت فيه رجعةٌ، والدليل علىٰ أنه مثبتٌ للحلِّ في المحلِّ قولُه ﷺ: «لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ»[١]، سمَّاه محللًا، والمحلِّل من يُثبت الحلَّ في المحَلِّ، كالمبُيِّضِ مَن يُثبِتُ البياض في المحلِّ.

والجواب من ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: أن الحديث إن صحَّ فهو منزَّلٌ علىٰ من لا يحُلِّلُ وهو الذي

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٦١٩٣)، وابن ماجه في السنن (١٩٣٦) كتاب النكاح، باب: المحل والمحلل له، وأبو داود في السنن (٢٠٧٦) كتاب النكاح، باب: في التحليل، والترمذي في السنن (١١١٩) كتاب النكاح، باب: ما جاء في المحل والمحلل له، من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.
وأخرجه ابن ماجه في السنن (١٩٣٦) كتاب النكاح، باب: المحل والمحلل له، والطبراني في المعجم الكبير (٨٢٥)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (٢٤٩٨) كتاب النكاح، باب: في نكاح المحلل من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه.
وأخرجه أحمد في المسند (٤٢٨٣)، والنسائي في السنن الكبرىٰ (٥٥٧٩) كتاب الطلاق، باب: في إحلال المطلقة ثلاثا وما عليها فيه من التغليظ، والترمذي في السنن (١١٢٠) كتاب النكاح، باب: ما جاء في المحل والمحلل له، من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.
وابن ماجه في السنن (١٩٣٤) كتاب النكاح، باب: المحلل والمحلل له، من حديث ابن عباس رض الله عنه. وحديث علي فيه ضعف إلا أن باقي طرق الحديث رجالها موثوقون.
ينظر: البدر المنير، ٧/٦١٢، والدراية في تخريج أحاديث الهداية، ٢/٧٣.

يعقد النكاح مؤقتًا على قصد التحليل يسمَّىٰ محللًا لا ناكحًا؛ لأنه قصد التحليل دون النكاح حتىٰ يتصور استحقاقُه للَّعْنِ كما لُعن بائع الحُرِّ والخمر وإن لم يكن بائعًا، ولكن لقصده البيعَ ومباشرتِه الصورةَ، ويتعين هذا التأويل ليكون اللعن بسبب التحليل، وإلا فمن نكح نكاحًا صحيحًا وقصد أن يُحلِّل غيره فقد قصَد مباحًا إلىٰ مُباحٍ، والقصد إلىٰ المباح لا يوجب اللعنةَ، فالشرع هو الذي جعل وطْأه محللًا، فالإقدام علىٰ الأسباب المباحة كيف يكون موجبًا للَّعْنِ؟ فنضطرهم إلىٰ هذا التأويل بهذا السبب.

الجواب الثاني: أن هذا يعارضه قوله: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ﴾؛ فإن ظاهره للغاية، وكما يجوز أن يُطْلَقَ «حتىٰ» علىٰ الغاية وعلىٰ ما هو علةٌ قاطعة يجوز أن يطلق اسمُ المحلل علىٰ ما يحصل التحليل عنده؛ لأنه كما يسمىٰ الماءُ مطهرًا للثوب عن النجاسة، والماء يرفع النجاسةَ، فيكون طهارة الثوب بالطهارة الأصلية لا بحدوث طهارة لم تكُنْ، فكذلك وطؤه يرفع الحُرمةَ إن صادفها، فيعود حلالًا بالحل الأصلي عند زوال الحُرمة، وإذا تعارض الظاهران وَجَب التحاكُمُ إلىٰ التأثير والمناسبةِ، ولا مناسبةَ بينَ وطء زوجٍ والحلِّ لزوجٍ آخر.

الجواب الثالث: أنه أراد بالمحلِّل من يرفع حرمةً في المحلِّ، وهو الواطِئُ بعد ثلاث طلقاتٍ، فما الدليل علىٰ أن الواطئ قبلَ الطلقات مرادٌ، وهو إنما يكون محللًا لأنه بدَّل الحرمة بالحلِّ، ولا حرمةَ في هذا المقام، وقولهم: إن النكاح المتسعَ لثلاث طلقات حرامٌ في المحلِّ، والحاجةُ إليه ماسَّةٌ؛ هَذَيانٌ من وجهين؛ **أحدهما**: أن المُحلل شُرِعَ لإباحة النكاح مهما حُرِّم النكاحُ، والنكاح ها هنا مباحٌ، واتِّساعُه لثلاثِ طلقات عبارة عن صفة

ذلك النكاح المستباح في كمال ثمراته؛ فهو تابعٌ؛ فإذا كان أصل النكاح مباحًا لم يجزْ إنشاء السبب الموضوع للأصل الموصوفِ بالكمال لمجرَّدِ الصفة إذ يكون ذلك تغييرًا للشرع، كيف وقد شُرِع هذا بطريق الحاجةِ؟ ولا يُعدُّ هذا في الحال حاجةً عقلًا وعُرفًا؛ بل من رغب في نكاح زوجته لتطليقها فَزوَّجَها من أجنبي زاعمًا أنه محتاج إلىٰ نكاح يحتمِلُ أكثر من طلقتين، سُفِّهَ في عقله، وقيل: إن كنت تنكِحُ للطلاق فهي مطلقة فاتركها، وإن كنت تقصد النكاح فما يقعُ مِن العُسر بعد الطلاق وراء النكاح الذي يقصد منه دوامُه لا الطلاق فيه لا يُعَدُّ من الحاجات عند العقلاء أصلًا، وما أُثبت لحاجة علىٰ خلاف/ القياس، كيف يثبُتُ بمثل هذه الحاجة التي يُعَدُّ [٢٧٩/أ] الاستعداد لها سَفَهًا وخَبْلًا في العقل؟![1].



مَسْأَلَة: الاعتبارُ في عدد الطلاق بالرجال، فيطلق الحرُّ أبدًا ثلاثًا، والعبدُ اثنين مِن غير نَظرٍ إلىٰ رِقِّ الزوجة وحريتِها[2]، وقال أبو حنيفةَ: الاعتبارُ بالنساء[3]، **والمعتمدُ** أن كل تصرف مملوك شُرِعَ أصله وقدرُه نظرًا

(١) كتب قبالة هذا الموضع في الأصل: «بلغ العرض بالأصل وصح والحمد لله».

(٢) ينظر: الوسيط، ٤٠٠/٥، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٧٤/١٠، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ٤٤٣/٢، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ٥٧٣/٢، وبداية المجتهد، ٥١/٢، والفروع، ٥٢/٩، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٤٨٥/٢، وكشاف القناع، ٢٥٩/٥.

(٣) ينظر: النتف في الفتاوىٰ، للسغدي، ٣٣٦/١، والمبسوط، للسرخسي، ٣٩/٦، وبدائع الصنائع، ٩٧/٣، والاختيار لتعليل المختار، ١٢٣/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٩٦/٢.

للمالك كان العِبرةُ فيه بحال المالك كالنكاح وحقِّ القَسْمِ، والمعنيُّ به أن الطلاق إنما شُرِعَ نظرًا للزوج، ولهذا نِيطَ برأيِه، وشُرِعَ أيضًا عددُه نظرًا للزوج؛ فإنَّ العِتاقَ لم يُشرَعْ فيه عدد ولا في سائر الإسقاطات والإزالات صيانةً لمقصود النكاح وإثباتًا لطريق التدرُّجِ في حلِّه؛ فإنه سبب الإيلاف والامتزاج، والفراق منه في الغالب موجِبٌ للندم، فلم يثبُتْ عدد الطلاق إلا لذلك نظرًا، ثم هو نَظَرٌ للزوج بإزاء حاجته؛ بدليل تعلُّقِه بمشيئته وإراداته، وما يثبت للحاجات فيُنظر فيه إلىٰ حاجةِ مَن يثبُتُ له، والشرعُ وسَّع علىٰ الأحرار وضيَّقَ علىٰ العبيد، ولذلك حرَمَهم أحدَ المِلْكينِ، وهو مِلْكُ اليمينِ، فكان ذلك تنصيفًا، ثم نصَّف النكاحَ الذي ملَّكَهم بالإضافة إلىٰ المحَلِّ، فلا ينكِحُ العبد الا نِصْفَ ما يملِكُ الحُرُّ، فكذلك الطلاق الذي يملكُه في النكاح إذا ثبَت تنصيفُه، وفي تنصيفه تضييقٌ، وفي تكميله توسِعةٌ، كان الحريةُ أجدَرَ، ولذلك تنصَّفُ العقوباتُ؛ لأنها بإزاء الجنايات، ولما ضاقتِ النِّعَمُ وقلَّتِ التوسعةُ علىٰ العبيد والإماء تنصَّفَ الحدُّ في حقهم علىٰ العموم، وكذلك طَلَبُ القَسْمِ شُرِع نظرًا لها؛ لأنه رُبِطَ بإرادتها كما ربط الطلاق بإرادته، ثم الأمَةُ لا تملك إلا نصفَ ما تملك الحرَّةُ؛ ليظهر مزيدُ التوسعة علىٰ الحرَّةِ عنِ المالكية؛ فإن الرقَّ ينافي المالكيةَ مطلقًا؛ لأنه استقلالٌ، والرقُّ يوجب القَهْرَ مطلقًا، فما أُثْبِتَ أُثْبت علىٰ نوعِ ضيق حتىٰ القَسْمُ وعدد المنكوحات؛ فكذلك عدد الطلاق[1].

(١) وما ذكره المصنف ﷺ معارض بأدلة الحنفية التي تتضمن وجوهًا للاستدلال غير التي ذكرها، وهي متنوعة بين المنقول والمعقول، وجملة ما استدلوا به:
من القرآن: قوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ إلىٰ قوله ﷻ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾، والنص ورد في الحرة أخبر الله تعالىٰ أن حل الحرة يزول بالثلاث من غير=

. . . .

= فصل بين ما إذا كانت تحت حر أو تحت عبد فيجب العمل بإطلاقه، والدليل على أن النص ورد في الحرة قرائن الآية الكريمة أحدها أنه قال تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، والأمة لا تملك الافتداء بغير إذن المولىٰ، والثاني قوله ﷺ: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾، والأمة لا تملك إنكاح نفسها من غير إذن مولاها، والثالث قوله تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾ أي: يتناكحا بعد طلاق الزوج الثاني وهذا في الحر والحرة.
ومن السنة ما روي عن عائشة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان» فجعل ﷺ طلاق جنس الإماء ثنتين؛ لأنه أدخل لام الجنس على الإماء كأنه قال: طلاق كل أمة ثنتان من غير فصل بين ما إذا كان زوجها حرًّا أو عبدًا.
ومن المعقول وجهان:
أحدهما: أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم إلا أنه أبيحت الطلقة الواحدة للحاجة إلىٰ الخلاص عند مخالفة الأخلاق؛ لأن عند ذلك تصير المصلحة في الطلاق ليزدوج كل واحد منهما بمن يوافقه فتحصل مقاصد النكاح؛ إلا أن احتمال الندم من الجانبين قائم بعد الطلاق كما أخبر الله تعالىٰ: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ فلو ثبتت الحرمة بطلقة واحدة ولم يشرع طلاق آخر حتىٰ يتأمل الزوج فيه ربما يندم ولا يمكنه التدارك بالرجعة ولا توافقه المرأة في النكاح، ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنىٰ فأبيحت الطلقة الثانية لهذه الحاجة ولا حاجة إلىٰ الطلقة الثالثة؛ إلا أن الشرع ورد بها في الحرة إذا كانت تحت حر وعبد إظهارًا لخطر النكاح وإبانة لشرفه، وملك النكاح في الأمة في الشرف والخطر دون ملك النكاح في الحرة لأن شرف النكاح وخطره لما يتعلق به من المقاصد الدينية والدنيوية منها الولد والسكن، ومعلوم أن هذين المقصودين في نكاح الأمة دونهما في نكاح الحرة؛ لأن ولد الحرة حر وولد الرقيقة رقيق، والمقصود من الولد الاستئناس والاستنصار به في الدنيا والدعوة الصالحة في العقبىٰ، وهذا المقصود لا يحصل من الولد الرقيق مثل ما يحصل من الحر لكون المرقوق مشغولًا بخدمة المولىٰ، وكذا سكون نفس الزوج إلىٰ امرأته الأمة لا يكون مثل سكونه إلىٰ امرأته الحرة، فلم يكن هذا في معنىٰ مورد الشرع، فبقيت الطلقة فيه علىٰ أصل الحظر. والثاني: أن حكم الطلاق=

❊ **فإن قيل:** هلَّا كانت العبرةُ في العِدَّةِ بمن له العدةُ! وهو الزوجُ.

۞ **قلنا:** لأنه لم يثبُتْ نظرًا له علىٰ التمحص، ولذلك لا يُناطُ بإرادته؛ بخلافِ القَسم والطلاق والنكاح، فظهر فيه قَصْدُ التعبُّدِ والتكليفِ، والتكليفُ أمْرٌ بشكر النعمة كما أن الحد عقوبة علىٰ كُفْرانِ النعمة، فيختلف باختلاف حالَيْ مُلابِسِ العدة والمخاطَبِ به، وهي المرأة دون الرجل.

❊ **فإن قيل:** فهلَّا تشطر الظهار والرجعة والإيلاء وسائر تصرفات النكاح! فإنها مِلْكُ الزوج.

۞ **قلنا:** إنها تشطَّرَتْ فثبت تشطُّرُها، ووجب تكميلُها لضرورة عدم التجزؤِ كالطلقة؛ فإن الثابت طلقةٌ ونِصْفٌ وقُرْءٌ ونصفٌ، ثم كَمُلَ الباقي بالإثبات لا بالإسقاط، فكذلك سائر التصرفات.

❊ **فإن قيل:** العبد ملك زوجتين وهو نصفُ الحرِّ، ففيما يملكه مِن نصفه ينبغي أن يساوىٰ.

۞ **قلنا:** وقد ملك أصل النكاح، وهو أحدُ نَوْعَي الملك، فليكن فيه كالحرِّ، ولم يُقَلْ ذلك؛ بل قيل: نُصِّفَ أصلُ الملك ثم نُصِّفَ النكاحُ بالإضافة إلىٰ المنكوحات، فنصف/ الطلاق أيضًا بعد النكاح. [٢٧٩/ب]

= زوال الحل وهو حل المحلية فيتقدر بقدر الحل وحل الأمة أنقص من حل الحرة؛ لأن الرق ينقص الحل؛ لأن الحل نعمة لكونه وسيلة إلىٰ النعمة؛ وهي مقاصد النكاح والوسيلة إلىٰ النعمة نعمة، وللرق أثر في نقصان النعمة ولهذا أثر في نقصان المالكية حتىٰ يملك الحر التزوج بأربع نسوة، والعبد لا يملك التزوج إلا بامرأتين. انظر هذه الأدلة في: المبسوط، للسرخسي، ٤٠/٦، وبدائع الصنائع، ٩٧/٣.

❊ **فإن قيل**: بل العِبرةُ بالمحل أولىٰ؛ لأن الحِلَّ أولىٰ؛ لأن الحِلَّ في الأمة أنقص من الحِلِّ في الحُرَّةِ، وإذا قلَّ المُزال قلَّ المُزيلُ، وإذا كثُرَ كثُرَ، وربما قال: الحلُّ فيها تنصَّفَ فيكفي في إزالته النصفُ مما يزيل حلَّ الحرةِ، وربما غيَّروا العبارَة وقالوا: ملكُ النكاح لرسوخه وتأكُّده لم ينقطع إلا بثلاث طلقاتٍ، وكثرةُ المزعِجِ علىٰ قدر قوة المقطوع المزعَجِ، فإذا ضعف لم يفتقر في إزعاجه إلىٰ ما يفتقر إليه في إزعاج القويِّ.

والجواب عن ذلك من وجوه؛ **أحدها**: أن نقولَ: إن عنيتم بالتفاوت أن الثابتَ في الأمة نصْفُ الحلِّ فهو مُحالٌ؛ إذ الحِلُّ لا يتجزأُ في حق المحلِّ، وأبو حنيفة زعم أن تنصيفه بالإضافة إلىٰ وجود الحرَّةِ وعدمِها، فتحل عند عدم الحرة، وتحرُمُ عند وجوده تنصيفًا بقدر الإمكان، فإذا نكحت عند عدم الحرة كان الحلُّ فيها في هذه الحالة علىٰ الخصوص كالحل في الحرة في جميع الأحوال، وعندنا ينصَّفُ بالإضافة إلىٰ القدرة علىٰ الحرة بالطَّوْلِ والحاجة إلىٰ الأمة وعدمها، فعلىٰ الأحوال كلِّها لا يُعْقَلُ التنصيفُ.

فإن قالوا: إنَّ الحل في الحرة أكثرُ فكان المزيلُ أكثرَ.

❁ **قلنا**: إن أظهروا أنَّ ثلاث طلَقاتٍ تزيل ثلاثة أشياءَ في الحرة، وأن الموجودَ من جملتها في الأمة شيئان؛ استقام هذا الكلامُ؛ مثل أن يقالَ مثلًا: الأولُ يزيلُ الحِلَّ، والثاني يزيلُ ملْكَ الرجعة، والثالثُ يزيلُ ملكَ الطلاق، ولم يوجد واحدٌ من جملة هذه المُزالات في الأمة، وهذا لا يستتبُّ، ودون ذلك لا تُعقلُ المناسبة. فإن قالوا: الضعف والقوة والتفاوت فيه لا يُنكرُ، ولا يحتاج في قطع الضعيف إلىٰ ما يحتاج إليه في قطع القوي.

❁ قلنا: لا نسلِّمُ؛ بل قوة الحل والعقد في الأمة في حالة جوازها كقوة في الحرة بكل حالٍ، وإن سُلم فمن سَلَّمَ أن عدد الطلاق شُرِعَ لقوة عقد النكاح وتمييزه في القوة عن ملك اليمين حتىٰ يستقيم تعليلُ إثبات عدد الطلاق وتميُّزه عن العتاق به، فإن زعموا أن دليل قوته تعدُّدُ الطلاق؛ فهذا تعليل للشيء بنفسه؛ إذ علَّلوا العدد في المزيل بقوة المُزال، ثم علَّلوا قوة المزال بعددِ المُزيل، وهو محالٌ في مسالك العقول، وهو كمن يقولُ: العتق إنما يسري؛ لأنه أقوىٰ مِن غيره. فقيل: ولم قلتُم: إنه أقوىٰ؟ فقال: لأنه يَسْري وغيره لا يسري. فيكون قد علَّل القوةَ بالسراية، والسرايةَ بالقوة، فيكون في الرتبة الثانية معللًا للسراية بنفسها؛ بل إذا حاول تعليل السراية يفتقِرُ إلىٰ أن يتعرَّفَ قوة العتق من موضع آخر سوىٰ السراية، ثم يقول: كيف يتخيَّلُ أن يكون هذا مشروعًا لقوة المزالِ، ومِلْكُ الزوج قبل المسيس وبعد المسيس يزول بطلقة كما يزول بطلقتين لا تفيد الثانية فائدةً جديدة سوىٰ نقصانِ العدد؟! فدلَّ أن العدد شُرِع نظرًا له؛ ليتدرج إن أراد، ويستوفي بدفعة إن شاء، وما شُرِعَ نظرًا له وتوسعةً عليه فيتكامَلُ بحريتِه، ويتبعَّضُ/ برِقِّه كسائر أنواع التوسعة. [٢٨٠/أ]

❊ فإن قيل: ما ذكرتموه من القياس مناقضٌ لقوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[(١)]، والطلاق للعدة تفريق الطلقات علىٰ الأقراء الثلاث، فكيف يفرق الحرُّ ثلاث طلقات علىٰ ثلاثة أقراء في الأمة وعدتها قُرْآنِ.

❁ قلنا: لا؛ بل الطلاق للعدة أن يطلقها في الطُّهر، فيكون لقُبُلِ العدة كما ورَد في بعض الرواياتِ، وقال كما قال لعمر في حق ابنِه: «مُرْهُ لِيُرَاجِعَهَا

(١) سورة الطلاق، جزء من الآية (١).

حَتَّىٰ تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ، إِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا ؛ فَتِيكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُ تَعَالَىٰ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ». يعني: الطلاق في الحيض ؛ فإنه لم يأمره بتفريق بقية الطلقاتِ ، كيف والجمع عندنا سُنَّةٌ؟! والتفريق أيضًا ممكِنٌ بتخلل الرجعة كما جرىٰ لابن عمر ؛ فإنه يطلِّقُها ، فإذا مضىٰ قرءٌ راجعها ، فإذا مضىٰ قَرْءٌ طلَّقَها ، فإذا مضىٰ قرءٌ راجعها ، كذلك حتىٰ يطلق ألف طلقةٍ لو تُصوِّرَ أن تكون في مِلْكِه.

❊ **فإن قيل**: روي عن النبي ﷺ قال: **«طَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ ، وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ»**[(١)].

❁ **قلنا**: رواه مُظاهِرُ بن أسلمَ[(٢)] ، وهو متروكٌ ، وهو معارَضٌ بما روي أنه قال: **«يُطَلِّقُ العَبْدُ طَلْقَتَينِ ، وَتَعْتَدُّ الأَمَةُ بِقُرْءَينِ»**[(٣)] ، وبقوله عليه السلام:

---

(١) أخرجه الدرامي في السنن (٢٣٤٠) كتاب الطلاق ، باب: في طلاق الأَمَة ، وابن ماجه في السنن (٢٠٨٠) كتاب الطلاق ، باب: في طلاق الأمة وعدتها ، وأبو داود في السنن (٢١٨٩) كتاب الطلاق ، باب: في سنة طلاق العبد ، والترمذي في السنن (١١٨٢) أبواب الطلاق ، باب: ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان ، والحاكم في المستدرك (٢٨٢٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

وأخرجه ابن ماجه في السنن (٢٠٧٩) كتاب الطلاق ، باب: في طلاق الأَمَة وعدتها ، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما. والحديث صححه الحاكم ، والمشهور أن في رواة كُلٍّ من الطريقين رواة ضعفاء ، فحديث عائشة فيه ظاهر بن أسلم وهو ضعيف ، وحديث ابن عمرو فيه عمر بن شبيب وعطية الحوفي وهما ضعيفان. ينظر: نصب الراية: ٢٢٦/٣ ، والتلخيص الحبير ، ٤٢٩/٣.

(٢) ينظر: نصب الراية ، ٢٢٦/٣.

(٣) أخرجه الشافعي في مسنده (١٨٧) ومن طريقه البيهقي في السنن الصغرىٰ (٢٧٩٥) كتاب الإيلاء ، باب: عدة الأمة ، وأخرجه الدراقطني في السنن (٣٨٣٠) كتاب النكاح ، باب:=

«الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ، والعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ»[1]، ثم ما ذكروه منزَّلٌ على الأمة إذا كانت تحت عبدٍ؛ فإنه الغالب في الواقعة؛ إذ تنقضي الدهورُ ولا ينكح حر أمةً مع ما عُرف من مذهبنا في شرائطه، وهو متعين للجمع بين الأحاديث عند تعارضها، وإذا تعارضت الأحاديث بقي القياسُ الذي ذكرنا.



❀ **مَسْأَلَةٌ: المبتوتةُ في مرض الموت لا تستحِقُّ الميراثَ**[2]، وقال أبو حنيفةَ: تستحِقُّ ما دامت في العدة[3]؛ ....

= المهر، كلهم من حديث عمر بن الخطاب ﷺ موقوفا عليه ولفظه: «ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين فإن لم تحض فشهرين أو شهرا ونصفا». وإسناده صحيح. ينظر: البدر المنير، ٨/٩٨.

(١) أخرجه ابن أبي سيبة في المصنف (١٨٢٤٩) عن سليمان بن يسار موقوفًا، والطبراني في المعجم الكبير (٩٦٧٩) عن عبد الله بن مسعود موقوفا، والبيهقي في السنن الصغرى (٢٧٠٥) كتاب الطلاق، باب: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء عن زيد بن ثابت موقوفًا، ولم يصح رفع أي حديث في الباب. ينظر: التحقيق في مسائل الخلاف، ٢/٢٩٩، والدراية في تخريج أحاديث الهداية، ٢/٧٠.

(٢) قال المزني:... فذكر حكم عثمان بتوريثها من عبد الرحمن في مرضه وقول ابن الزبير: لو كنت أنا لم أر أن ترث المبتوتة، قال المزني: وقد قال الشافعي ﷺ في كتاب العدة: إن القول بأن لا ترث المبتوتة قول يصح، وقد ذهب إليه بعض أهل الآثار وقال: كيف ترثه امرأة لا يرثها وليست له بزوجة، قال المزني: فقلت أنا: هذا أصح وأقيس لقوله قال المزني وقال في كتاب النكاح والطلاق إملاء على مسائل مالك: إن مذهب ابن الزبير أصحهما. ينظر: الحاوي الكبير، ١٠/٢٦٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٤/٢٣١، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٨/٧٢. وهو قول الحنابلة. ينظر: الفروع، ٨/٥٩، والمبدع، ٦/٢٢٥، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٧/٣٥٥.

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٦/١٥٤، وتحفة الفقهاء، ٢/١٨٦، والمحيط البرهاني،=

وهو قولٌ للشافعي[1]، والمعتمدُ أن سبب إرْثِها النكاحُ، وقد انبَتَّ بالطلاق الثلاث، ولذلك انقطع إرث الزوج عنها، ولم يبق إلا العدة وعُلقَتها لا تصلُحُ للتوريث؛ بدليل حالة الصحة وحال سؤالها الطلاقَ، وبدليل جانب الزوج.

❊ **فإن قيل:** النكاح منقطع في حق سائر الأحكام سوىٰ في حق الإرث عندنا، فما الدليل علىٰ انقطاعه في حق الإرث؟

۞ **قلنا:** النكاح منقطع فيما وضع له بما وضِعَ لقطعه، فمن زعم أنه باقٍ حُكْمًا علىٰ خلاف ما ظهر فهو المطالَبُ ببيان وجهه.

❊ **فإن قيل:** إنما أُبْقِيَ حكمًا؛ لأنه متهم في قصده حرمانَها من الميراث.

۞ **قلنا:** هذا يبطل بالطلاق قبل الدخول وبما بعد العدة، وبما لو كان له ابن عمٍّ مكاشِحٍ فتَبَنَّىٰ لقيطًا من قارعة الطريق، أو كان له زوجة فنكح ثلاثةً ورَدَّها إلىٰ ربع الثمن، أو نفىٰ ولده باللعان في حالة المرض؛ فإن كل ذلك نافِذٌ مع التهمة، وهذا للتحقيقِ: وهو أن التهمة لم تمنع نفوذَ هذه التصرفات، فما وقع من ضرورتها لم يمتنِعْ؛ بخلاف هبته جميعَ المال؛ فإنه امتنع بنفسِها والطلاق لم يمتنِعْ نفوذُه فكيف يندفع موجبه؟!

= ٤١١/٣، والاختيار لتعليل المختار، ١٤٣/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٤٦/٢، مذهب المالكية أنها تستحق الميراث مطلقًا ولو انقضت العدة. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٥٢٤/٢، وجامع الأمهات، ص٢٩٣، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٢٧/٤.

(١) وهو القول القديم. ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٢٣١/١٤، والوسيط، ٤٠٢/٥.

❊ **فإن قيل:** المرأة لا ترِثُ إلا ببقاء نكاحها وبقاء ملك زوجها في المال، ثم لو ملك الزوج عبدًا فأعتقه امتنع عِتْقُه مهما أدَّىٰ العتق إلىٰ حرمانها، والإعتاقُ سبب زوال الملك؛ كما أن الطلاق سببُ الحرمان، ثم قُطِعَ الحكم/ [٢٨٠/ب] عن السبب ولم ينفَّذِ العتقُ مع ابتنائه علىٰ السريان، فكذلك قُطع الحكم عن السبب، وجُعِلَ النكاح باقيًا في حق الإرث، وإن جرىٰ سببُ قطعِه مراعاةً للحق الذي لزم بالوراثة في المرض، نعم العتق امتنع بأصله؛ لأنه لا يمكن التوريث مع تنفيذه، فحُوِّل إلىٰ الاستسعاء عندنا، وأُبْطِلَ عندكم، وأما التوريث لا حاجة به إلىٰ إبقاء النكاح في حق حلِّ الوطءِ وسائرِ الأحكام؛ فإن الرجعيَّةَ ترث مع زوال بعض أحكام النكاح، فبقي بقدر الضرورة في حق التوريث، وفارق العتق أيضًا من حيث إنه نفذ في الثلث، والمرأة ها هنا لا تُحرَمُ عن الثلث؛ لأن ذلك تصرُّفٌ في المحلِّ، وهو قابل للتجزئة، وهذا تصرف في السبب، ولا ثُلُثَ له، فوجب إبطاله في حق الإرث وليس كذلك ما بعد العدَّةِ؛ فإن ما صدر من الزوج لم يكن إبطالًا وتعطيلًا بل كان إبدالًا وتحويلًا؛ فإنه مكَّنَها من أن تنكح زوجًا آخَرَ، والزوجُ بدلٌ عن الزوجِ؛ إذ لا يمكن الجمع بينهما، وهذا ظاهر إذا نكحتْ، فإن لم تنكحْ فهو امتناع منها عن استيفاء ما تمكنت منه، فنزِّلَ منزلة ما لو باع المريضُ العينَ بدَينٍ، فلا تعترض الورثة علىٰ العقد؛ لأنه تبديل لا تعطيلٌ، فإن امتنع عن طلب الدين فالتقصير من جهته، وليس كذلك ما إذا نفىٰ باللعان أو استلحق؛ فإنه ليس متهمًا فيه؛ لأنه مُضِرٌّ بنفسه إن كان كاذبًا؛ إذ يلتحق به دَعِيٌّ أو ينتفي عنه ولدُه، وذلك مما لا يرضىٰ به عاقلٌ، فلم يظهر قصدُ الفرار، وكذلك إذا نكح ثلاثةً أخرىٰ؛ فإنه محتاج إلىٰ

النكاح في جنسه، فلا نسُدُّ بابَه، ولذلك لم تعترض الورثة على صرفه جميعَ أمواله إلىٰ مهور نسائه، ويعترضون علىٰ هِبَتِه وإعتاقه وتصرفاتِه المستغْنَىٰ عنه، وكذلك إذا طلَّقَها بسؤالها لم يظهر قصد الفرار بل كان إجابةً لها إلىٰ غرضها، وكذلك القول في حالة الصحة.

والجوابُ: أن منع الإعتاق والهبة لا نسلِّمُ أنه لحق الوارث، ولكن لقوله ﷺ: «**لَأَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ وُجُوهَ النَّاسِ**»[1]، وهذا إنما يستقيم إذا بقي سبب الوراثة، فأما إذا قطع السبب خرجت المرأة عن أن تكون من الورثة، فهو كما إذا أقر بابن وحَرَمَ الأخ؛ فإنه تعرَّضَ للسبب.

الآخر: أن العتق ينفذ في الثُّلث؛ فله إبطال حق الوارث من الثلث، فقولوا في النكاح بعد الطلاق: يبقىٰ في حق ثلثي ميراثها لا في الكلِّ؛ فإنه إذا تطرق إليه التجزؤ حتىٰ بقي النكاح في حق الإرث دون سائر الأحكام؛ أمكن التجزئة أيضاً في حق الميراث، فإن لم يقبل التجزئة من حيث إن السبب لا يتجزأُ؛ فليحكَمْ بأنه إذا نفذ في البعض نفذ في الكل بطريق السراية؛ لأن سقوط بعض ما لا يتجزأ يوجِبُ سقوط كلِّه، وعليه بنَوا مسائلَ.

الآخر: هو أن ما ذكروه منقوضٌ بالاستلحاق وما بعد العدة، وعُذْرُهم أن المستلحق مضرٌّ بنفسه فهو غير متَّهَمٍ بَطَلَ بإقراره بجميع ماله لأحد الورثة؛ فإنه مضِرٌّ بنفسه في الحال بفوات جميع المال، وربما/ يصِحُّ مِن [٢٨١/أ]

---

(١) أخرجه البخاري (١٢٩٥) كتاب الجنائز، باب: رثاء النبي ﷺ سعد ابن خولة، ومسلم (١٦٢٨)، كتاب الوصية، باب: الوصية بالثلث، من حديث سعد بن أبي وقاص.

مرضه، فلا يكون له مالٌ، وكذلك إذا أعتق جميعَ عبيده ولا مالَ سواهم، وعذرهم عما بعد العدة بأنه تبديلٌ باطلٌ بما لو باع بمسامحةٍ؛ فإنهم يعترضون مع أنه تبديلٌ، فإن كان السبب أن ما حصل ليس مثل ما فات.

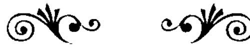
❁ **قلنا:** وها هنا ما حصل إنما يكون مثل ما فات مهما نكحت زوجًا مثله، ومات في وقت موته وخلَّف مثل تركته، وورِثَتِ الربع أو الثمن؛ كما كانت ترث من الأول، فأما بمجرد القدرة علىٰ زوجٍ ما لا يكون موروثُه إذا نكحته أحسنَ من القدرة علىٰ بدل ما، وإن كان فيه غبنٌ؛ لأن ذلك له من كل وجهٍ وإن نقَص، وهذا قد يكون له وقد يكون عليه، كيف ومذهبهم أنها لو مرضت ولمست ابن الزوج بالشهوة انفسخ النكاح، وورث الزوج، وكانت فارَّةً؟! والزوج لم يستفِدْ بفسخها قدرةً لم تكن إذا كان قادرًا علىٰ أصل التزوج بخلاف المرأة.

❁ **فإن قيل:** إنما قلنا بتوريث المبتوبة استحسانًا بقضاء عمر في زوجة عبدالرحمن بن عوفٍ، وقد طلَّقها في المرض ثلاثًا، واشتَهر ذلك ولم يُنكَرْ(١).

---

(١) وهذا هو عين المذهب عند الحنفية، فإنهم مقرون بأن القياس يقضي بعدم توريث المبتوتة، وإنما صاروا إلىٰ مذهبهم استحسانًا للإجماع الصحابة، قال علاء الدين السمرقندي: «فأما المريض إذا طلق وهو صاحب الفراش طلاقًا رجعيًا أو بائنًا أو ثلاثًا ثم مات من ذلك المرض، وهي في العدة فإنها ترث عندنا خلافًا للشافعي، والقياس معه لكنا استحسنَّا بإجماع الصحابة» وثمة وجه آخر لهذا الاستحسان، وهو أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله، فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلىٰ زمان انقضاء العدة دفعًا للضرر عنها وقد أمكن لأن النكاح في العدة يبقىٰ في حق بعض الآثار فجاز أن يبقىٰ في حق إرثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء؛ لأنه لا إمكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه=

۞ قلنا: دعوىٰ الإجماع بمِثل ذلك جهالةٌ؛ إذ ليس يمكن دعوىٰ الانتشار إلىٰ كل الصحابة، ثم لا يمكن نقلُ سكوت جميعهم، ثم لا يمكِنُ تنزيلُ السكوت منزلةَ القولَ، كيف وقال عبدالله بن الزبير: أمَّا أنا لا أورِثُّها. وإنما طلَّقَها بسؤالها ووَرِثَتْ بعدَ العدَّةِ، وأبو حنيفة مخالِفٌ فيهما جميعًا.



= عنها فتبطل في حقه خصوصًا إذا رضي به، فقد أبطل الزوج لما هو شره في حق زوجته من الإرث كان سببًا في معاملته بنقيض هذا القصد وإثبات إرثها منه، ولهذا السبب ذهب المالكية إلىٰ توريثها مطلقًا ولو بعد العدة، قال ابن شاس: «القياس يقضي بعدم توريث المبتوتة، وإنما والمعنىٰ في ذلك المقابلة بنقيض القصد... ولأن المريض ممنوع أن يتبرع بإخراج جزء زائد علىٰ ثلثه لحق الورثة فأولىٰ أن يمنع من إسقاط بعضهم جملة. ينظر: تحفة الفقهاء، ٢/١٨٦، والهداية شرح بداية المبتدي، وعقد الجواهر الثمينة، ٢/٥٢٤.

مسائلُ الرجْعةِ

❊ مَسْألَة: **الرَّجعةُ لا تحصُلُ إلَّا بالقول**[1]؛ خلافًا له[2]؛ فإنه قال: يحصل بالوطء والنظر إلىٰ الفرج واللمس بالشهوة، وبروج الزوجة علىٰ الزوج وهو نائمٌ، ولا تحصل بالخَلْوةِ، فنفرِضُ اللمس ونقولُ: فعلٌ من قادرٍ علىٰ القول، فلا تحصُلُ به الرَّجعةُ كالخلوة؛ مع أن الخلوة علىٰ أصلِهم نازلة منزلةَ الوطء في إيجاب العدة وتقرير المهر، ولا شكَّ في أن لها دَلالةً عل الرجعة كما للمس. أو نفرض في نزولها علىٰ الزوج ونقولُ: فعلٌ ممن لا تحصُلُ الرجعةُ بقوله، فلا يؤثر كاللمس من جهتها وهو نائمٌ، وعُذْرُهم عنه يبطُلُ باللمس من جهته بالشهوة وهي نائمةٌ، فلو سَوَّوا بينَهما في الوطءِ وفرَّقوا في اللمس.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٣١٠/١٠، والمهذب، للشيرازي، ٤٧/٣، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٢٤٧/١٠، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١٦٧/٧، وهي رواية عن الإمام أحمد، ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٥٣/٩.

(٢) ينظر: النتف في الفتاوىٰ، ٣٢٦/١، والمبسوط، للسرخسي، ٢١/٦، وتحفة الفقهاء، ١٧٨/٢، وبدائع الصنائع، ١٨١/٣، والهداية شرح بداية المبتدي، ٦/٢، والاختيار لتعليل المختار، ١٤٧/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٥١/٢، وهو مذهب المالكية والمعتمد عند الحنابلة، إلا أن المالكية اشترطوا النية فيما دون القول،. ينظر: التلقين، ص٣٢٣، والمقدمات الممهدات، ٥٤٥/١، وبداية المجتهد، ٦٨/٢، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٩٩/٤، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٥٣/٩.

فإن قالوا: الرضا أمر باطن لا يُطَّلَعُ عليه، فلم يمكن أن يتبعَ إلا صورة الوطءِ.

◈ قلنا: لهذا قال الشافعي: لا يتَّبَعُ إلا اللفظ الموضوعُ للدلالة على الرضا الذي هو نصٌّ فيه لا يحتمِلُ غيرُه، فأما الوطء إن جرى فليس قاطعًا بالرضا، فقد يُقْدِمُ الرجلُ على الحرام فليس من ضرورته الرضا بنكاحها.

❊ فإن قيل: الضبط فيه عندنا كلُّ وطءٍ يوجب حرمة المصاهرة، ومناسبتُه أن الوطء إذا صَلَح لتحليل أمِّها ـ أي: النظرِ إليها ـ فبأن يصلح لاستدامة الحلِّ عليها أولى؛ لأنها أقرب إلى الواطئ من أمها، والاستدامة أسرع من الابتداء.

◈ قلنا: هذا فاسدٌ؛ لأن الأصل في حرمة المصاهرة الوطءُ؛ حتى قال أبو حنيفة: تحصل بمجرَّدِ الزنا. والرجعة تصرُّفٌ في النكاح؛ فأيُّ مناسبة بينهما؟! ولو جاز أن يُتلقَّى حكمُها مع حكم أمها لحرُمَتْ هي عليه؛ كما حرُمت أمُّها، فإن منع من ذلك لضرورة في صلب النكاح/ [٢٨١/ب]، فلا ضرورةَ في منع التحريم في المطلَّقة الرجعية، وإن أردنا أن نتكلم مِن غير فرض[1]؛

---

(١) المناسبة ظاهرة هنا، وهي أن هذه الأفعال كالتقبيل بشهوة أو اللمس بشهوة أو النظر إلى الفرج بشهوة تختص بالملك الموجب للحل كالوطء فتكون مباشرته دليل استبقاء الملك لا سيما أن ثبوت حرمة المصاهرة جعلت هذه الأفعال بمنزلة الوطء فكذلك في حكم الرجعة بل هي أولى، ومدار المسألة على أن الرجعة عند الجمهور استدامة للملك والفعل المختص به يكون أدل على استدامة الملك من القول، وهو نظير الفيء في الإيلاء فإنه منع للمزيل من أن يعمل بعد انقضاء العدة، وذلك يحصل بالجماع، ونقول: أكثر ما في الباب أن يثبت له أن الطلاق مزيل للملك ولكن المزيل متى ظهر وأعقب خيار الاستبقاء في مدة=

قلنا: الأصلُ في الرجعة القولُ، والخصم يلحق الفعل به، وليس الفعل في معنىٰ القول؛ فهو المطالَبُ ببيان الجمْعِ؛ قال الشافعي: ولمَّا لم يكن نكاح ولا طلاقٌ إلا بالقول لم تكن رجعةٌ إلا بالقولِ[1]، وهو التنبيه علىٰ أن الفعل ليس في معنىٰ القول في الأبضاع، وهذا للتحقيقِ: وهو أن أمْرَ الأبضاعِ علىٰ الاحتياط مَبْناه، والرِّجعةُ تفيدُ الحِلَّ في الحال عندَنا، وتدفَعُ التحريمَ بعدَ مضيِّ العدة عندهم، فإذا نِيطَ بالقول فربْطُه بالفعل لا وَجْهَ له.

❊ فإن قيل: ومن سَلَّم أن الأصل هو القولُ؛ لا. بل ثبت بقوله تعالىٰ: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ﴾[2]، وبقوله تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[3]، وبقوله ﷺ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا» في قصةابن عمرَ، والوطءُ إمساك ورَدٌّ ومراجعةٌ؛ بل هو علىٰ التحقيق غير المراجعة، والقول بالإضافة إليه كاللفظ بالإضافة إلىٰ المعنىٰ.

۞ قلنا: أجمعت الأمة علىٰ أن المراد الرجعةُ بالقول، ولو كان المراد هو الفعلَ لقيلَ: القولُ وَعْدٌ محضٌ لا يكتفىٰ به، فإذ ذاك لا يكون القول في معنىٰ الفعل، ويدل عليه أنه أمر بالإشهاد فاختلفوا في أنه للإيجاب أو الاستحباب، ولا نُتَعَبَّدُ بالإشهاد علىٰ الوطء[4].

= معلومة يكون مستبقيًا للملك بالوطء؛ كمن باع أمته علىٰ أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها صار بالوطء مستبقيًا للملك بل أولىٰ لأن هناك يحتاج إلىٰ فسخ السبب المزيل وهنا لا يحتاج إلىٰ رفع الطلاق الواقع. ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٦/٢١.

(١) ينظر: الأم، ٥/٢٦٠، مختصر المزني، ٨/٣٠٠

(٢) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٢٩).

(٣) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٢٨).

(٤) النتيجة التي ذكرها المصنف هنا في قوله: «ولا تعبد بالإشهاد علىٰ الوطء» لا تنتج من=

❊ **فإن قيل:** ردَّدَه بينَ الإمساك والفراق إذ قال: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ﴾، ثم قال: ﴿وَأَشْهِدُواْ﴾، فالمراد به الفراقُ.

۞ **قلنا:** اتفقت الأمة علىٰ أنه يُستحب الإشهاد علىٰ الطلاق، ولا يجب ولا يشترَطُ ذلك، والرجل يُصَدَّقُ فيه مهما أراد، وإنما فُهم به الرجعةُ إما استحبابًا أو إيجابًا.

❊ **فإن قيل:** الوطء قائمٌ مُقامَ القول في الاستدامة؛ بدليل ما إذا أسْلم علىٰ أختين فوطِئَ إحداهما، أو أبْهَم الطلاق أو العِتاق بين أختين، فوطئ إحداهما، أو باع جاريةً فوطِئَها، فإن كلَّ ذلك يُنَزَّلُ منزلةَ التصريح بالاستدامة.

۞ **قلنا:** لا نسلِّمُ مسألة إسلامِ الزوج، ولا مسألةَ إبهام الطلاق ولا إبهامِ العتق، وكذلك في وطء البائع مَنْعٌ، فإن منعنا الكلَّ لم يبق لهم معتصَمٌ، وإن سلَّمْنا مسألةَ فسْخِ البائع فلا نسلِّمُ أن الرجعة استدامةٌ؛ بل هو

= المقدمات التي ذكرها، نعم حصل الخلاف والتردد بين القول بالوجوب والاستحباب، ولكن المستقر عندهم أن الحكم هو الاستحباب، والحامل علىٰ ذلك أن نصوص الرجعة من الكتاب، والسنة مطلقة عن شرط الإشهاد إلا أنه يستحب الإشهاد عليها إذ لو لم يشهد لا يأمن من أن تنقضي العدة، فلا تصدقه المرأة في الرجعة، ويكون القول قولها بعد انقضاء العدة فندب إلىٰ الإشهاد لهذا.

وعلىٰ هذا تحمل الآية الكريمة، وفي الآية ما يدل عليه لأنه ﷻ قال: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ فجمع بين الفرقة والرجعة، وأمر سبحانه بالإشهاد بقوله ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، ومعلوم أن الإشهاد علىٰ الفرقة ليس بواجب بل هو مستحب، فكذا علىٰ الرجعة، أو تحمل علىٰ هذا توفيقًا بين النصوص بقدر الإمكان. ينظر: بدائع الصنائع، ٣/١٨١.

ابتداءُ حَلٍّ، أو ابتداءُ مِلْكٍ علىٰ ما سيأتي في المسألة الثانية، وإن سلمنا أنه استدامة فيبطل علىٰ أصلهم بإبهام العتق بين أَمَتَيْنِ؛ فإنهم لم يجعلوا وطْءَ إحداهما تعيينًا، وعذرُهم عنه يبطل بوطء البائع ووطء الزوج بعد إبهام الطلاق، ثم الجواب هو أن نسبة استدامة البضع إلىٰ استدامة ملك اليمين كنسبة ابتدائه إلىٰ ابتدائه، ثم لم يجزْ أن يقاس ابتداء ملك النكاح بابتداء ملك اليمين حتىٰ يحصُلَ بالأفعال والقرائن الدالَّةِ عليها كما حصل ابتداء ملك اليمين بإثبات اليد وبالمعاطاة وبالقرائن في الهبات، وهذا لما ظهر من مزيد العناية والاحتياط بأمر البضع حتىٰ لم يكن نكاحٌ ولا طلاق ولا إيلاء ولا ظِهارٌ ولا لعان إلا بالقول كما قال الشافعيُّ؛ فلا تكونُ رَجْعةٌ إلا بالقول، واللهُ أعلم/. [٢٨٢/أ]

❊ مَسْأَلَة: الرجعيَّةُ محرَّمةُ الوطء عندنا[(١)].

خلافًا له[(٢)]، وقد سلَّموا أنه تحرُمُ الخَلْوةُ بها والمسافَرةُ بها، ولا علىٰ قصد الارتجاع، ومهما حرمت الخلوة فالوطءُ أولىٰ؛ لأنها لم تحرُمْ لعينِها،

(١) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٣٤١/١٤، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١٦٧/٧، وتحفة المحتاج شرح المنهاج، ١٥٣/٨، وهو مذهب المالكية. ينظر: التلقين، ص١١٢٧، وبداية المجتهد، ١٠٥/٣، وجامع الأمهات، ص٣٠٥، والتاج والإكليل، ١٠٤/٤.

(٢) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١١٦، والهداية شرح بداية المبتدي، ٩/٢، والاختيار لتعليل المختار، ١٥٠/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٥٦/٢، وفتح القدير، لابن الهمام، ١٧٤/٤، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: الكافي، ١٤٧/٣، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٥٥/٩، وكشاف القناع، ٣٤٣/٥.

وإنما تحرُمُ خيفةَ الإفضاء إلىٰ الوطءِ، فإذا حلَّ الوطءُ الذي هو المنتهىٰ كيف تحرُمُ الخلوةُ؟ وهذا لا جواب عنه مع التسليم؛ وهو مسلَّمٌ[1].

والمعتمدُ في المسألة: أن الطلاق ضِدُّ النكاح ومؤثر فيه بطريق المضادَّةِ، وفي هذا المقام احتمل أن يقالَ: لم ينجَّزْ أثرًا أصلًا لبقاء الرجعة وحملةٍ من الأحكام، فتبقىٰ المرأة بعد الطلاق كما كانت قبل الطلاق. واحتمل أن يقالَ: طرَّقَ إليه خللًا علىٰ الجملة وإن لم يوجب زواله بالكلية، والقسم الأول باطلٌ؛ فإنها لو بقيت بعد الطلاق كما كانت قبل الطلاق لكان لا يحتسب بالعدة؛ إذ الإجماع منعقد علىٰ أن العدة جُعلت قضاءً لحق النكاح

(١) وفي كلام المصنف هنا أمران:
الأول: أن تحريم الخلوة غير مسلم عند الحنفية، بل الأمر متردد عندهم بين الكراهة وعدمها، وإن كان المقدم عندهم الكراهة إلا أنه لا قائل عندهم بالتحريم كما ادعىٰ المصنف ﷺ تسليم ذلك عندهم.
الثاني: أن الداعي لقول من قال منهم بكراهة الخلوة فهو خوف مراجعة الزوج لها بغير إشهاد، فهذا هو المراد بكراهتها لا أنها تفضي إلىٰ الجماع كما توهم المصنف.
أما السفر فهو وإن كان محرمًا بالرجعية عندهم، إلا أنه ليس لذلك السبب أيضًا بل لقوله تعالىٰ ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾، والآية نزلت في الطلاق الرجعي بدليل سياقه وسباقه وهو قوله تعالىٰ ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ﴾، وقوله تعالىٰ ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ ومنهم - وهو زفر - من جعل السفر كالوطء واعتبر أن الرجعة تحصل به، دلالة لكونها حرامًا بدونها للنهي عن الإخراج والخروج فظاهر حاله اجتناب المحرم، فصار الإخراج كالوطء في النكاح الموقوف، والآيات تدل علىٰ أنها ليست برجعة، فلو كانت المسافرة رجعة لما نهىٰ عنها لكونها مندوبًا إليها، ولأنهما ضدان؛ لأن أحدهما منهي عنه والآخر مأمور به، فلا يكون أحدهما من الآخر، وتعليله مخالف للنص فيكون مردودًا.
وخلاصة الأمر أن التحريم والكراهة لكل من السفر والخلوة عند الحنفية لا تعلق له بالوطء، وإنما هو تارة للتوقيف علىٰ دلالة النص القرآني، وتارة لتخوف حدوث الرجعة بلا إشهاد، فبطل إلزام المصنف. ينظر: المبسوط، ٦/٢٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/٢٥٦.

أو لحق الوطء، فلا تقع في صلب النكاح، وإنما تقع بعلَّة اختلال النكاح، ولذلك إذا قال: مهما استيقنْتِ براءةَ رحِمك فأنتِ طالق. فإذا طلَّقَتْ لزمها الاستئنافُ، وإذا أبانها وشرعت في العدة ثم نكحها انقطعت العدة الواقعة بعد البينونة حتىٰ لو مضت بقيةُ المدة في صلب النكاح، وطلَّقَها في النكاح الثاني بعد المسيس يلزمُها العَود إلىٰ العدة بعد الطلاق، وما مضىٰ في صلب النكاح لا يُعتدُّ به، والرجعية عندهم جاريةٌ في صلب النكاح حلالُ الوطءِ لم يغيِّرِ الطلاقُ من أمرها شيئًا، فلِمَ احتسبت عدَّتُها قبل أن يقوَل: راجعتُ، وإذا قال: راجعْتُ، واعتزلها حتىٰ مضت المدة لم تنقَضِ العدَّةُ، وأيُّ حاجة إلىٰ الرجعة وهي حلال في الحالين؟!

❊ **فإن قيل:** اختلَّ النكاح بتحريم الخلوة والمسافَرة.

۞ **قلنا:** فإذا سُلِّمَ ذلك فالوطء أسرعُ شيء إلىٰ التحريم.

❊ **فإن قيل:** سببه أن العدة صيانة لماء الزوج عن الاختلاط، وإنما يعقل صيانةً عند التعرُّضِ للاختلاط بجريان سبب الفراق، فأما إذا لم يتعرَّضْ للاختلاط فلا معنىٰ للصَّوْنِ والاحتياط، والطلاق سبب للفراق دالٌّ في الحال علىٰ إعراض الزوج عنها، وتعرُّضها لزوج آخَرَ، فكان ما بعده وقتًا للاعتداد.

۞ **قلنا:** الطلاق عندكم لا يُنَجِّزُ تحريمًا وقطعًا، ولكنها منكوحة مستحَلَّةٌ كما قبل الطلاق، فالزوج لو أراد الإعراض عنها لطلَّقَها طلاقًا بائنًا، فعدولُه إلىٰ الطلاق الرجعيِّ دلَّ أنه مُريد لها في مدَّة الرجعة ومُعْرِضٌ عنها بعده، فليكن كما إذا قال: إذا استيقنْتِ براءةَ رحمك فأنتِ طالقٌ؛ فإنه لا يجعَلُ به معرِضًا في الحال، وكذلك الإيلاءُ؛ فإنَّ قولَه: والله! لا أجامِعُك؛

إعراض مؤكَّدٌ، ولأجله كان طلاقًا، وقد زاد الشرع فيه مدَّةً هو فيها مخيَّر بين الوطء الرافِعِ حُكْمَ الطلاق بعد المدة، وبين الاستمرار/ كما في الطلاق، [٢٨٢/ب] فهلَّا وقع الاحتساب بالعدَّةِ! وهذا لا جواب عنه.

❊ **فإن قيل**: إنما ترتَّبَتِ العدة على الطلاق تعبُّدًا لا يُعقل معناه؛ قال تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾(١)

۞ **قلنا**: المراد به مطلَّقة ليست مستحَلَّةً، وإن كان يجوز أن تكون مستحَلَّةً لم يتطرَّقْ خللٌ إلىٰ نكاحها، فإذا أبانها ثم جَدَّد النكاح عليها واعتزلها بقية المدة يبتغي أن تنقضيَ العدة؛ فإنها مطلَّقة تربَّصَتْ بثلاثةَ أقراءٍ، ولكنها منكوحة مستحَلةٌ، وهذه عندكم بعد الطلاق كالمنكوحة ابتداءً ليس فيها إلا توقُّعُ فراق بعد مُضي المدة كتوقع المرأة في الإيلاء، وتوقُّعِ المعلَّقِ طلاقُها علىٰ مُضي المدة.

❊ **فإن قيل**: حاصل الدلالة أن الجمع بين الاحتساب بالعدة والتحليل للوطء متناقِضٌ؛ فإنه جمع بين الاعتزال والتسليط، وهذا باطلٌ بما لو اشترىٰ زوجته انفسخ النكاح، وشرعت في العدة وحلَّ له وطْؤُها.

۞ **قلنا**: لم نعوِّلْ علىٰ التناقض احترازًا عن هذه المسألة؛ بل حاصل الدلالة أن العدة لا تُحتسب في صلب النكاح إنما تحتسب بعد زوال النكاح، أو بعد تطرُّق خَلَلٍ إليه، ثم إذا تطرق الخلل فالنكاح المختلُّ لا يفيد الحلَّ؛ فإن الحل يسقط بأدنىٰ خيالٍ، وعدَّةُ المشتراة واقعة بعد انفساخ النكاح والوطء بحكم ملك اليمين الخالي عن الخلل، فلا تَرِدُ المسألة علىٰ

(١) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٢٨).

هذا الوجه من الدلالة.

❊ **فإن قيل**: إن دل الاحتساب بالعدة علىٰ اختلال النكاح دل له الاستقلال بالرجعة ونفوذ الطلاق والخلع والإيلاء والظهار واللعان وجريان التوارث والانتقال إلىٰ عدة الوفاة ووقوعِ الطلاق عليها بقوله: زوجاتي طوالِقُ؛ واستمرارِ جميع أحكام النكاح أنَّ الملك باقٍ، وإذا بقيَ الملك كان الحلُّ من ضرورته؛ لأنه لا يقبل الانفصال عنه؛ إذ لا يعقل ملك النكاح إلا بحِلِّ الوطء.

❊ **قلنا**: فإذا تعارضت الأحكام وتردَّدَتِ الرجعية بين المنكوحة وبين البائنة فالوطءُ يحرُمُ بأدنىٰ شبهةٍ وتعارضٍ، فيكفينا أن نظهر خللًا ما تطرَّقَ إلىٰ النكاح للتحريم، فإنه لو لميختلَّ لكان ما بعد الرجعة كما قبله، فما بالُ العدة تُحتسب قبل الرجعة وتنقطع بعد الرجعة! حتىٰ لو راجعها وعلَّق طلاقًا آخر علي مُضي بقية مدة العدة طُلِّقَتْ ولزمها الاستئنافُ، وإن عزلها بعد الرجعة فهذا علىٰ الإجمال كافٍ، ونحن نخوض في التفصيلِ ونقولُ: النظر يتعلَّقُ بعقد النكاح والملكُ مستفادٌ منه، والحِلُّ المبْتَنِي علىٰ الملك والعقدِ دون الملكِ معقولٌ كالهبة قبل القبض والبيع في زمان الخيار عندهم؛ هذا علىٰ الجملة إلىٰ أن يدعيَ مثل ذلك في النكاح، والملك مع العقد دون الحلِّ معقولٌ؛ كما في مدة الإحرام والصوم والعدة عن الشبهة وحال الحيض، وكما في الجارية المكاتبة والمرهون؛ فإن ملك/ اليمين قائمٌ، [١/٢٨٣] والوطء حرامٌ تحريمًا يوجب القيمةَ في المكاتبة للمكاتَبة، أما عقدُ النكاح فقائمٌ بالاتفاق؛ لأن الرجعة تعيدها إلىٰ النكاح الأول، فإنه ردٌّ ومراجعةٌ، ولو انقطع لكانت الرجعة نكاحًا مبتدأً مِن كل وجهٍ، والملك اضطرب فيه

مسالك الأصحاب، ولم يصرِّحِ الشافعي به، ولكن أحكامه المنصوصةَ تدل علىٰ تردُّدٍ فيه، فنحن نتكلم علىٰ طريقتين؛ فنقول أولًا: لا نسلِّمُ أن الملك باقٍ، وإنما الباقي هو العقد دون الملك فما المستبعد من هذا وهو يستند إلىٰ حقيقة الطلاقِ؟ لأن الطلاق جُعِلَ مزيلًا للملك، فإذا أمكن أن يوفَّرَ عليه حقيقته وُفِّر، لم يبق إلا خيار الرجعة، وهو قدرةٌ علىٰ التدارك ليس من ضرورته سَلْبُ المسبَّبِ عن السبب ما أمكن؛ بل من ضرورته سلْبُ اللزوم، ولذلك قلنا: البيع بقي مزيلًا للملك مع شرط الخيار توفيرًا للمسبَّب علىٰ السبب ما أمكن؛ إذ ضرورة الخيار لا تستدعي إلا منْعَ اللزوم فكذلك ضرورة الرجعة تستدعي منْعَ اللزوم في الزوال الحاصل بحكم الطلاق، فنفينا اللزومَ وحصَّلْنا أصل الزوال ممدودًا إلىٰ غاية الرجعة.

❊ **فإن قيل**: ومتىٰ رأيتم عقد النكاح منفكًّا عن الملك سوىٰ هذا؟

❁ **قلنا**: ومتىٰ رأيتم منكوحة مطلقةً سوىٰ هذه؟ فإذا اجتمع النكاح والطلاق وهما ضِدَّان وُفِّقَ الجمع بينهما بحسَبَ الإمكان، الدليلُ عليه أنهم متىٰ رأوا منكوحةً مستحَلة وهي معتدَّةٌ عن الزوج المستحِلِّ سوىٰ هذه ولكن اضطرَّهُم إليه الجمْعُ بين النكاح والطلاق، فلا يُتلَقَّىٰ حكم المنكوحة المطلقة من مطلقة ليست منكوحةً، ولا من منكوحةٍ ليست مطلقةً.

❊ **فإن قيل**: لو زال الملك لكان عوْدُه بسببٍ جديد أو بفسخِ السبب المزيل، وليست الرجعة سببًا جديدًا، ولكنه رَدٌّ إلىٰ ما سبق، وليس يُتصوَّرُ فَسْخُ السبب، فإن الطلاق لا يقبل الفسخ، ولذلك بقيَ نقصان العدد إلىٰ أن يتم ثلاثًا.

۞ قلنا: ولم يمتنع دَعْوىٰ كل واحد من المسلكين فإن شِئْناقلنا: الرجعةُ سببٌ جديد لابتداء الملك، ولذلك افتقر إلىٰ الإشهاد علىٰ قولٍ ولم يحصل بالفعل قولًا واحدًا، نعم هو أقل شرطًا من ابتداء النكاح فلا يشترطُ فيه الوليُّ ورضىٰ المرأة ومهرٌ جديد وترددوا في أنه هل يشترط عدم الإحرام؟ وهل يشترط رضىٰ السيد في رجعة العبد؟ فهذا نظر في اختلاف الشرائط، فلا يمتنع أن يكون في حكم الابتداء يبقىٰ أنه سمي رجعة وردًّا، ولو أبانها ثم نكحها حسُنَ أن يُسَمَّىٰ ذلك رجعةً إليها ومراجعةً وردًّا من حيث إنه ابتداء لمثل ما سبق، ومثل ذلك يسمَّىٰ ردًّا ورجوعًا وإعادةً، فالأمر في حمل الأسامي علىٰ المجازات هيِّنٌ إذا قام الدليلُ، وهذا في مذهب الشافعي له وقْعٌ؛ فإنه نصَّ علىٰ أنه إذا وطِئَها لزمه المهرُ؛ راجعها أو لم يراجِعْها، وذكر الأصحاب قولًا في سقوط المهر إذا راجعها مخَرَّجًا، وتردَّد قولُه في صحة خلع الرجعية، فإن قيل/: كيف يستقيم هذا مع بقاء ما عدَّدتُّموه من أحكام الزوجية؟ [٢٨٣/ب]

۞ قلنا: جملة الأحكام ما الذي يمنعُنا من أن نجعلها من نتائج العقد وبقاءِ السلطنة لا من نتائج الملكِ؟ والعقدُ قائم وسلطنة الزوج في استقلاله بالارتجاع قائمٌ، فَتِيكَ الأحكام لا تستدعي أكثر من هذا القدر، فمن أين عرَفوا أن ذلك يستدعي بقاءَ الملك مع بقاء العقد، وأقربها الخلع ووقوع الطلاق عليها إذا قال: زوجاتي طوالِقُ، وفيهما منْعٌ ظاهرٌ، وقول الشافعي: الرجعية زوجةٌ في خمسِ آيٍ[1]؛ معناه: أنها كالزوجة لبقاء عقد النكاح عليها مع زوال

(١) يريد بذلك لحوق الطلاق وصحة الظهار واللعان والإيلاء والميراث. ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٣٤٢/١٤، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٢٢٢/٨، ومغني المحتاج إلىٰ معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ٤٧٦/٤.

الملك بالطلاق، وإن سُلِّم مسألة الخلع فهو فداءٌ أُثبت للحاجة إلىٰ الخلاص عن القهر، وهي تُعَدُّ في رِبْقَةِ القهر، فإن الزوج مستقلٌّ بردِّها إلىٰ ملك النكاح وربقتِه، فكانت مقهورة وإن لم تكن مملوكة فاحتاجت إلىٰ الفداء، وإن نزَلْنا عن هذه الرتبة وسلَّمْنا بقاء الملك؛ فنقولُ: الملك باق والحِلُّ زائل؛ جمعًا بين النكاح والطلاق بحسَب الإمكان، يبقىٰ قولُهم: إن الحل لا يقبلُ الانفصال عن الملك في النكاح بخلاف ملك اليمين.

❁ **قلنا**: لم قُلْتُمْ ذلك؟ وما الدليل عليه؟

قالوا: ومتىٰ رأيتم انفصال الحلِّ عن الملك في غيرِ هذه المرأة في النكاح؟

❁ **قلنا**: ومتىٰ رأيتم منكوحةً مطلقةً غيرَ هذه المرأة؟ أو متىٰ رأيتم مستحَلَّةً معتدَّةً عن الجهة التي بها الاستحلالُ؟ فلا يبقىٰ بأيديهم إلا الاستبعادُ والتشوُّفُ إلىٰ تسوية حكم هذه المرأة علىٰ حكم سائر النساء مع مفارقتها؛ حالُها حالهنَّ، ومتىٰ رأوا في غير المكاتبة مملوكة يطؤها السيد ويضمَنُ لها المهر؟ فسيُجاب بأنه لم تُرَ مملوكة مرددة بينَ الرق والحرية إلا هذه، فخالف حكمُها لا محالةَ سائرَ النساء، كيف والمعتدة بالشبهة محرَّمةُ الوطء؟ فهي مملوكة للزوج ومحرَّمةٌ، فإن زعموا أنها ليست محرمةً في عينها، بل المحرم خَلْطُ النسب كما في الحائض.

❁ **قلنا**: فليحِلَّ نكاحُها ابتداءً كما يحِلُّ نكاحُ الحائض والصائم وكذلك نكاح المحرم وكذلك نكاح الصغيرة التي يمتنِعُ وطؤها لصغرها.

❁ **فإن قيل**: فإن كان تحريمُها مثلَ تحريم المعتدة الرجعية فليجِبِ

المهر بوطئِها كما يجب بوطء الرجعية.

۞ **قلنا**: قد نقولُ: إذا راجعها لم يجِبِ المهرُ، وإنما يجب إذا بانت بالسبب الذي به حرمت، والمعتدة بالشبهة لا يُتصور أن تَبِينَ بالسبب الذي حرَّمَ، وإن سُلِّم فالمهر إنما وجب لأن الحِلَّ زال بسببٍ أوجب خللًا في النكاح الذي به الاستحلالُ، وهو موضوعٌ لإيقاع الخلل إما مُعَجَّلًا أو مؤجلًا، فضاهىٰ الكتابة بالنسبة إلىٰ الرقِّ، فأما عدة الشبهة لم توضَعْ لقطع السبب المحِلِّ وإيقاع الخلل فيه.

❊ **فإن قيل**: الحِلُّ لو كان زائلًا لم يعُدْ إلا بفسخ الطلاق أو بسبب جديد[1].

۞ **قلنا**: قد نجعل الرجعة في إفادة الحلِّ سببًا جديدًا، وقد نقول: إن الرجعة رفع لحكم الطلاق في حق الحل دون نقصان العدد كما كان وطء الزوج الثاني رفعًا/ لحكم الطلاق في حق الحُرمة المغلظة دون حرمة الوطء وانقطاع النكاح، فما المستبعد فيه؟ [٢٨٤/أ]

❊ **فإن قيل**: المستبعد أن الطلاق الثلاث أثبت حرمةً مؤقتة والإثبات يحتملُ التوقيت، والحِلُّ ها هنا يسقُطُ بالطلاق؛ لا أن الطلاق أثبت حرمةً، والإسقاط يوجب أن يتلاشىٰ المسقَطُ فلا يقبل التوقيت.

۞ **قلنا**: وبم تنكرون علىٰ من يقولُ: الطلاق يثبت حرمةً كما أن النكاح يثبت حِلًّا، فيغلِبُ ثبوت حرمة الطلاق لطريانه، وينغَمِرُ حل النكاح

---

(١) كتب قبالة هذا الموضع في حاشية الأصل: «بلغ العرض بالأصل وصح إن شاء الله تعالىٰ والحمد لله».

لا بطريق السقوط بل بطريق الغلبة، وهذه الحرمة مؤقتة كحرمة النكاح بالطلاق الثلاث، فإذا ارتفع عاد الحلُّ المغمور المتكمِّنُ ظاهرًا بالنكاح السابق؟ أو بِمَ تنكرون علىٰ من يقول: سقوط حكم الطلاق كثبوت الحرمة المغلظة، وهو حكم شرعيٌّ، فللشَّرْعِ أن يؤبِّدَه ويؤقتَه، فما إلىٰ الشرع إثباته ونفيه يعقل فيه توقيتُه وتأبيدُه؟

وقولهم: إنه لا يعقل تأقيتُ الإعدام.

❁ قلنا: ولا يعقل تأقيت الإيجاد إن تلقيتم مِن الحِسِّ، بل الجوهر إذا أوجد بقي لا محالةَ إلا بقاطعٍ، فأما أن يتوقَّتَ فلا يُعْقلُ، فإن عُقل في الإيجاد عُقل في الإعدام، كيف ولو صرَّح الشارع بأن الطلاق يوجب زوال الحل مع بقاء الحلِّ إلىٰ جريان الرجعة لكان معقولًا مقبولًا، فلا يُقبل الهذَيانُ في مقابلة ما لو صرِّح به لَعُقل، وعلىٰ الجملة أمثال هذه الخيالات لا يعجز القادر علىٰ الكلام مِن ترديدها، والنظر اللائقُ بالشرع أن كل واحد من المنهجين لو صرح به الشارع لكان مقبولًا، والآن فقد أشكل الأمر وعُلِمَ قطعًا ظهورُ أثرٍ للطلاق؛ بدليل العدة والحاجة إلىٰ الرجعة، فأقربُ أثرٍ يثبت به حِلُّ الوطءِ، وكلُّ استبعاد ذكروه فيه ينقلب عليهم فيما اعترفوا به من الأثر، والله أعلم.

❁ مَسْألَة: يوقَفُ المولي بعدَ أربعة أشهر بينَ الفيئة والطلاقِ[1]، وقال

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ١٠/٣٤٠، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٤/٣٨٣، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٨/٢٥٥، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص٤١١،=

أبو حنيفة: يقع الطلاق بمُضيِّ أربعة أشهر بلفظ الإيلاء[1]، فلفظ الإيلاء عنده طلاقٌ، ولكِنَّ وقوعَه متأجِّلٌ، ومُعتمَدُنا الاستناد إلىٰ حقيقة الإيلاء وصورتِه، فإنه يمينٌ، وصيغتُه قولُه: والله لا أجامِعُكِ؛ إخبارٌ عن الانكفاف عن الجماع المستحَقِّ؛ كما إذا أضافه إلىٰ طعامه؛ هذا من حيث الصيغةُ، ومن حيث المعنىٰ هو يمينٌ يوجبُ الحِنْثُ فيه الكفارةَ، والبرُّ فيه إضرار بالزوجة، ما له ظاهرٌ وباطن سوىٰ ما كشفناه، وليس في شيء منه ما يتضمن وقوعَ الطلاق؛ فهو كقوله: والله! لا أنفق عليكِ؛ فمن أراد أن يجعله طلاقًا فعليه الدليلُ، وإن حَرَّرْنا عن هذه الحقيقة عبارةً قلنا: حلف علىٰ منْعِ حق من حقوق النكاح، فلا يقع به الطلاقُ؛ كما لو قال: والله لا أنفق عليك.

❊ **فإن قيل:** وما الفصل بينكم وبين من يقول في: وَجَبَ؛ أنْ لا يجِبُ به الطلاقُ قياسًا علىٰ الإنفاق، وإذا عُرِفَ تميُّزُ يمينِ الوقاع عن النفقة في وجوب الطلاق جاز أن يتميز في وقوعه.

[٢٨٤/ب] ❁ **قلنا/:** عندنا لم يتميزْ بل منع الانفاق يوجب المطالبة بالتسريح أو التوفية؛ إلا أن منع الإنفاق لا يحتاج فيه إلىٰ اليمين؛ إذ لا يطاق دفْعُه، وهو ممكن في نفسه، والامتناع من الجماع قد يُحمل علىٰ الفتور فلا يُكتفىٰ بمجرده.

= وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: التلقين، ص٣٣٥، والكافي في فقه أهل المدينة، ٥٩٨/٢، وبداية المجتهد، ١١٨/٣، وشرح منتهىٰ الإرادات، ١٦٠/٣، وكشاف القناع، ٣٦٢/٥.

(١) ينظر: النتف في الفتاوىٰ، ٣٧٢/١، والمبسوط، للسرخسي، ٢٠/٧، وتحفة الفقهاء، ٢٠٥/٢، وبدائع الصنائع، ١٧٦/٣، والاختيار لتعليل المختار، ١٥٢/٣، والبناية شرح الهداية، ٤٨٩/٥، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٦٨/٤.

ثم نقول: الإيلاء عندنا لا يوجب الطلاقَ؛ بل الإيلاء يمينٌ موجَبُه عند الحنث الكفارةُ، وعند البر لا موجَبَ له؛ إلا أن البر فيه يوجِبُ مُضَارَّةَ الزوجة، فالنكاح في أصله أوجب دفع المضارة بالإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، فليس وجوبُ الطلاق حكمَ الإيلاء؛ بل المطالبة بالطلاق أو الفيئة موجَبُ أصل النكاح عند تحقق المضارَّةِ باختيار البر في اليمين، فاختيار البر محقِّقٌ للمضارة، والمضارة في نفسها سببٌ للمطالبة بالتخليص؛ ليكون قد توفر على اليمين حقيقتُها، وعلى المضارَّةِ موجَبُها؛ إلا أن الشرع رأى هذه المضارةَ تتحقق بالإصرار على البرِّ أربعةَ أشهر؛ كما تتحقق المضارة في العُنَّةِ بمُضي المدة؛ لأن رجاء البر قائمٌ في الحال كَرَجاء القدرة في أول حال العنَّةِ، ثم قَدَّر مدة اليائس في العنَّةِ بسنةٍ، وفي اليمين بأربعة أشهر، وتقدير المواقيت إلى الشرع، وعلينا الاتباع في المقادير، وفهْمُ المعنى في أصل الوضع دون خصوص التقدير.

❊ فإن قيل: الإجماع منعقد على أن الإيلاء له تعلُّقٌ بالطلاق إيجابًا أو إيقاعًا، والخلاف في التفصيل فقد اعتقدتم أنه إيجابٌ تخريجًا على قاعدة دفع الضرر، فإن بطَل ذلك تعين ما ذكرناه، وليس يمكن تعليلُه بالمضارة؛ فإن الحنث في اليمين مقدورٌ عليه حسًّا وشرعًا، ووقوعه ليس بعيدًا عرفًا، والشرع إنما ناط وجوب الفراق بضرار الجَبِّ المانع حسًّا، ولم يعلِّقْ بضرار العُنَّةِ إلا إذا جرى الامتحانُ سنةً فيلتحق بالجَبِّ حتى يصير نقيضُه بعيدًا في العادة، فكيف يكون هذا من قبيلِه؟ ويدل عليه أنه لو سافر سفرَ نُقْلة بينهما مسافةُ سنة، وحلف على أن لا يعودَ إليها، وألا ينقُلَها إلى نفسه، ولا يأذَنَ لها في الخروج إليه، فليس لها المطالبة والضرر قائمٌ؛ بل

هو أشد مما إذا حلف في الحضور علىٰ ترك الجماع ؛ فإن الحنث غالبٌ مع توفير الشهوة في الطباع ، وكذلك إذا قال: والله! لا أطؤكِ ثلاثة أشهرٍ ، وإذا انقضىٰ فوالله لا أطَؤكِ ثلاثة أشهرٍ ، حتىٰ استوعب عُمُرًا لا يثبت حكم الإيلاءِ ، وكذلك إذا قال: والله لا أجامِعُكِ ؛ وهي أجنبية ثم نكحها ، فمضت أربعة أشهر فالمضارة حاصلةٌ ، واليأس عن الجماع بحكم خوف اليمين ظاهرٌ ، ومع ذلك لم تثبت المطالبةُ ، فدلَّ أن الإيلاء طلاقٌ ، فلذلك شرط وقوعه في النكاح ، وإلا فاليمين من أي وجه ينبغي أن يختص بالنكاح ، وإن كان منوطًا بالضرر ، فكون السبب الموجب للضرار سابقًا آكَدُ في اقتضاء التخليص كالجَبِّ السابق علىٰ النكاح ، فإنه لم يُختلَفْ في كونه موجِبًا للخيار ، والطارئِ بعد النكاح اختلفوا فيه/ ؛ بل الطارئ بعد المسيس لا يؤثرُ ، والإيلاء بعد المسيس مؤثِّرٌ ، فقبل النكاح لم لا يؤثِّرُ ؟ [٢٨٥/أ]

وإذا بطل هذا المسلك دل أن وقوع الطلاق هو المتعلق بالإيلاء ؛ إذ الرأي رأيانِ ، وفي إبطال أحدهما تعيينُ الآخر .

❁ قلنا: تنزيله علىٰ دفع الضرار واضح من حيث الإخالةُ ، ولا شاهد يشهد لبطلانه ، فأما كون اليأس فيه غيرُ حاصلٍ لتوقُّعِ الحنث فليس بسديدٍ ؛ لأن الرجاء الذي تتحصن المرأة بها ما يظهر وقوعه وهو غير بعيد في الابتداء ، فإذا أصرَّ علىٰ أكثرَ [من][1] أربعة أشهر ، ولم تتحرك الدواعي ظهر مخائل الإصرار ، يبقىٰ أن هذا دون اليأس الحاصل بالعنة ، فهذا لا يمنع التسوية ؛ كما أن الحاصل بالعنة دون الحاصل بالجَبِّ ، ثم ألحقه الشرع به ،

(١) ما بين المعكوفتين سَقَطَ من الأصل ، وسياق الكلام يقتضي اقحام الكلمة التي أثبتها. والله أعلم.

فالتفاوت متطرق إلىٰ درجات اليأس، وإلىٰ الشرع أن يرعىٰ حدًّا معلومًا هو مطَّلَعٌ عليه، وأما الحلف علىٰ ملازمة السفر فليس في معنىٰ الحلف علىٰ ترك الجماع من وجهين:

أحدهما: أن الدواعيَ في نقض ذلك اليمين - سوىٰ داعية الجماع - تكثر، فالسفر والاستيطان يبتنيان علىٰ أغراضٍ جَمَّةٍ سوىٰ وقاع الزوجات، وأما إذا حلَف علىٰ ترك الجماع فلا يحمِلُه علىٰ النقض إلا دواعي الجماع، وحلفه عليه دليل علىٰ انعدام تلك الدواعي من حيث الظاهرُ.

والآخر: أن للمرأة قدرةَ المضي إليه علىٰ الجملة، فإذا فعل ذلك لم يحنَثْ بوطئِها، فلم يكُنْ هذا في معنىٰ ما لا قُدْرةَ للمرأة عليه بحالٍ، فأما إذا حلف علىٰ ثلاثة أشهر وقال متصلًا به: وإذا مضىٰ فلا أطؤكِ بثلاثةَ أشهرٍ، فقد قيل: ينعقد الإيلاءُ، فلا نسلِّمُ، وإن سُلِّم فإنما كان ذلك من حيث إنه لم يمكن تحقيقُ حكم الشرع كما شرعه وقدَّره، فإنه أمهل الحالف أربعة أشهرٍ، والتقديراتُ لا سبيل إلىٰ تعليلِها ولا إلىٰ تغييرها، وهذا اليمين ينحلُّ بعد مُضي ثلاثة أشهرٍ، فلا معنىٰ لتقدير المدة في يمين منحَلَّةٍ، ولا لتعجيل المطالبة في اليمين الثانية ولم تمْضِ المدةُ، لا يبقىٰ إلا أن هذا لو اعتبر لصارت هذه حيلةً في المضارَّةِ، والشرع لم يحسِمْ باب جميع الحيل في القواعد، فحيلةُ مسألة العِينَةِ في الرِّبا وحيلةُ إزالة الملك في إسقاط الزكاة، وحيلةُ إسقاط القصاص في الأطراف عند أبي حنيفة بالاشتراك، وعندنا بالاشتراك مع تميُّزِ الفعل، وحيلةُ إسقاط الحد في السرقة بانفراد أحد السارقين بالنَّقْبِ والآخرِ بالإخراج بالاتفاق، وحيلةُ جمع شيء رطبٍ

إلىٰ المسروق علىٰ أصل أبي حنيفة في الإسقاط؛ كلُّ ذلك لم يمنع تنزيل العقوبات علىٰ قصد الردع والزجر وعصمة الحقوق، وهكذا جميع القواعد بُنِيت علىٰ المقاصد الكلية، ثم لا تنفكُّ قاعدةٌ عن حيلة يُنتجها محتالٌ، ويتفصَّىٰ بها عن العُهدة، فليس هذا أمرًا بِدْعًا أحْدَثْناه بهذه القاعدة، وهذا هو الجواب عن كلِّ ما يستعمل من هذا الجنس في إبطال هذه القاعدة، وأما اليمين قبل النكاح فليس في معنىٰ اليمين بعد النكاح؛ لأنه بُني علىٰ مضارَّةٍ/ بين الأزواج باللسان والقول والفعل، فإذا تقدَّم علىٰ اليمين تمحضَتِ المضارَّةُ بالفعل، ولم يُجعلْ ذلك سببًا، والدليل عليه أن معنىٰ المضارة بالإجماع متَّبَعٌ؛ فإن أبا حنيفة اعترف بأن المريض إذا آلىٰ ثم فآ باللسان قبل مضي المدة لم يقَعْ طلاقُه؛ لأن مجرد القول عند العجز عن العمل دافِعٌ للمضارة، ثم يتقلَّبُ الإيلاء قبل النكاح علىٰ أبي حنيفةَ؛ فإنه قولٌ يوجب حكمًا بعد مُضي مدة، وعنده تعليق الطلاق قبل الملك جائزٌ، فهلَّا انعقد الإيلاء! إذ ليس هو طلاقًا مُنَجَّزًا حتىٰ يمتنع قبل النكاح، ولذلك لم يحتسب بالعدة في مدة الإيلاء؛ لأن الطلاق غيرُ واقعٍ؛ كالطلاق المعلَّقِ؛ بخلاف الطلاق المنَجَّزِ؛ فإن العدة محسوبةٌ مع استمرار الملك والحِلِّ.

[٢٨٥/ب]

❊ فإن قيل: هذا المسلك يضطرُّكُم إلىٰ إبداع أمْرٍ في صرف الأجل لا نظيرَ له؛ فإن كل أجلٍ ضُرِبَ بعد قولٍ موجِبٍ للفراق، انقطع خِيرةُ المضروب له بمضي المدة كالعدة بعد الطلاق، وبعد إسلام أحد الزوجين أو رِدَّتِهما؛ فإنه بعد المدة لا يقالُ: أضرَرْتَ بمخالفة الدِّين؛ فإما الموافقةُ وإما التسريح[١].

(١) وتحرير سبب الخلاف بين الجمهور والحنفية في هذه المسألة، كما ذكره ابن رشد: هو هل=

۞ قلنا: وجَدْنا له نظيرًا، وهو مدة العُنَّةِ؛ فإنه يخيَّرُ بعدها، وقولُكم: إن هذه مدة بعدَ قولٍ يوجب الفراقَ؛ فهيهاتَ فإن الإيلاء عندنا لا يوجب الفراقَ، ولا يوقعه، ولكن الحنث فيه يوجب الكفارةَ، والبرُّ يوجب المضارَّةَ، ثم المضارة سببُ طلب الخلاص كما في العُنة؛ بل أنتم جعلتم اللفظ سببًا ثم أثبتموه على وجه لا نظير له، فإن الأجل في الطلاق لم يدخلْ على الوقوع، ولم يكن الوقوع بعد المدة؛ بل كانت المدةُ بعد الوقوع، ولأجله احتُسِبَ بالعدة في اختلاف الدين والطلاق، ولم يحتسب في مسألتنا ولا في مدَّةِ العدة، فما ذكروه لا نظيرَ له، وعلى الجملة الاعتراف باختصاص القاعدة بتفصيلٍ لا نظيرَ له لا بد منه؛ إذ لو كان مطابقًا

= قوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ أي: فإن فاءوا قبل انقضاء أربعة الأشهر أو بعدها؟ فمن فهم منه قبل انقضائها قال: يقع الطلاق، ومعنى العزم عنده في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ أن لا يفيء حتى تنقضي المدة. فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال: معنى قوله: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ﴾ أي باللفظ ﴿فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾. ثم قال: «وللمالكية في الآية أربعة أدلة: أحدها: أنه جعل مدة التربص حقًّا للزوج دون الزوجة، فأشبهت مدة الأجل في الديون المؤجلة.

الدليل الثاني: أن الله تعالى أضاف الطلاق إلى فعله. وعندهم ليس يقع من فعله إلا تجوزًا - أعني: ليس ينسب إليه على مذهب الحنفية إلا تجوزًا - وليس يُصار إلى المجاز عن الظاهر إلا بدليل.

الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ قالوا: فهذا يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع، وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة.

الرابع: أن الفاء في قوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ ظاهرة في معنى التعقيب، فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة، وربما شبهوا هذه المدة بمدة العتق. وأما أبو حنيفة فإنه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة الرجعية، إذ كانت العدة إنما شرعت لئلا يقع منه ندم. وبالجملة فشبهوا الإيلاء بالطلاق الرجعي، وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوي، وقد روي ذلك عن ابن عباس. ينظر: بداية المجتهد، ٣/١١٨.

لغيره من كلِّ وجه لم يكُنْ قاعدةً برأسِها، فليس النظر من كل وجهٍ شرطًا، ولكن النظر في الترجيح بنوعِ تقريبٍ، وما ذكرناه أقربُ.

❊ **فإن قيل**: ما ذكرتموه مخالف للكتاب؛ فإنه تعالىٰ قال: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[1]، وأنتم زدتُّم مدةَ التربُّصِ، وأثبتُّم له خِيرةً بعد المدة.

۞ **قلنا**: المدة له وما بعد المدة عليه، وهو مخير فيه كالأجل في الدين من غير فرقٍ، وعلىٰ الجملة الآيةُ مجمَلةٌ في مقصود المسألة من الجانبين ليس فيها دلالةٌ ظاهرةٌ لأحد المذهبينِ، فلا نطوِّلُ بالخوض فيه[2].

❊ **فإن قيل**: كيف يجوزُ التعلُّق بكون الإيلاء يمينًا مع أنه كان طلاقًا في الجاهلية، وقد زاد الشرعُ فيه مدةً؛ كما نقل عن ابن عباس[3].

۞ **قلنا**: وكونه طلاقًا في الجاهلية لا يوجب بقاءَه طلاقًا كما في الظهار؛ فأما قولُه: زاد الشرعُ فيه مدةً؛ قال الشافعيُّ: إنهم روَوا عن ابن مسعود وابن

---

(١) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٢٦).

(٢) قال السرخسي: «الفيء في المدة بقراءة ابن مسعود ـ ﷺ ـ (فإن فاءوا فيهن). وقراءته لا تتخلف عن سماعه من رسول الله ـ ﷺ ـ والتقسيم في قوله تعالىٰ ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾ دليل علىٰ أن الفيء في المدة وعزيمة الطلاق بعده كما في قوله تعالىٰ ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾، والإمساك بالمعروف بالمجامعة في المدة، والتسريح بالإحسان بتركها حتىٰ تبين بمضي المدة، وهذا التربص مشروع للزوج؛ لأن الإيلاء كان طلاقًا معجلًا فجعل الشرع للزوج فيه مدة أربعة أشهر حتىٰ مكنه من التدارك في المدة وجعل الطلاق مؤخرًا إلىٰ ما بعد المدة». المبسوط، للسرخسي، ٧/ ٢٠.

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في المصنف (١٨٥٨١) عن ابن عباس، وعن سالم، عن ابن الحنفية قالا: «إذا مضت أربعة أشهر في الإيلاء فهي تطليقة بائنة، وعليها أن تعتد ثلاثة قروء».

عباس مثلَ قولهم، ولم يصِحَّ عنهما، ونحن روينا عن سليمان بن سيار أنه قال: أدركْتُ بضعةَ عشرَ/ من الصحابة وهم يُوقِفون المولِيَ(١). ‏[٢٨٦/أ]

علىٰ أنه إن قُدِّرَ صحتُه علىٰ خلافِ ما قاله الشافعيُّ فكلامه محتمِلٌ لمذهبنا أنه زيد فيه مدةٌ، وبقي بعدُ طلاقًا واجبًا لا واقعًا، فالظاهر ما ذكروه، وهو محتمل لما ذكرناه، وقولُ الصحابي إذا تعارضت فيه الاحتمالاتُ لم يكن فيه حجةٌ.

❊ **فإن قيل:** نَقَلَ؛ إذ قال: زاد الشرعُ.

❁ **قلنا:** لعله أراد: زاد دليلُ الشرع، وكان قد فهِم بحكم الاجتهادات من الآية أو القياس مذهبَ الخَصْمِ فعبَّر عنه بقوله: زاد الشرعُ؛ فلا ينتهِضُ ذلك حجَّةً ما لم ينقلْ لفظًا عن صاحبِ الشرعِ.



(١) أخرجه الشافعي في مسنده (١٢٢٤) عن سليمان بن يسار، قال: أدركت بضعة عشر من أصحاب النبي ﷺ كلهم يوقف المولي، وذكر ابن المنذر في الأوسط، ٣٥٩/٩ عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه: سألت اثني عشر رجلا من أصحاب النبي ﷺ عن المولي، فكلهم يقول: ليس عليه شيء حتىٰ تمضي أربعة أشهر فيوقف. وممن قال من الصحابة بتوقيف المولي: علي بن أبي طالب وابن عمر، وعائشة، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وأبي الدرداء.

مسائلُ الظهارِ



❊ مَسْأَلَة: ظهار الذميِّ صحيح عندنا[1]؛ خلافاً له[2] فنتعلق بعموم قوله ﷻ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾[3] الآية، ولم يفرق بين الذميِّ والمسلم فعليهم إقامة الدليل علىٰ الفرق.

❊ فإن قيل: الدليل المخصص أن أهلية صحة التصرف إنما تحصل بقبول حكمه وليس يتصور حكم الظهار في حقه، فكيف يتصور السبب وينزَّل ذلك منزلة بيع الحُرِّ؛ فإنه باطلٌ؛ لأنه غير قابل لحكمه، وحكم الظهار تحرير رقبة؛ إذ قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾، فالواجب بالظهار مع العود تحريرٌ قبل المسيس، فالعلة مركبة من وصفين الظهار والعود،

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٤١٢/١٠، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٤٦١/١٤، والوسيط، ٥/٦، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٣٣٤/٠، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: رؤوس المسائل الخلافية، ١٢٠٥/١، والمغني، ٥٦/١١والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٩٨/٩.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٢٣١/٦، وبدائع الصنائع، ٢٣٠/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/٣، والبناية شرح الهداية، ٥٣١/٥، وفتح القدير، لابن الهمام، ٢٤٥/٤، وهو مذهب المالكية. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٥٥٠/٢، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل، ١١١/٤.

(٣) سورة المجادلة، جزء من الآية (٣).

والحكم هو العتق موصوفًا بالتقدم علىٰ المسيس، أما التحريم فثبت لضرورة وجوب تقديم الكفارة علىٰ المسيس لا مقصودًا بالإيجاب.

❁ **قلنا:** لا. بل حكم الظهار التحريم بالإجماع والكفارة موجب العود، وهي رافعة للتحريم، والدليل عليه أنه لو وطيء قبل الكفارة فقد فات وصف التقديم علىٰ المسيس، ولم يبق إلا كفارة بعد المسيس، ثم يقضىٰ بكون المسيس محرمًا إلىٰ براءة الذمة عن الكفارة، فدل أن الكفارة رافعة تحريم الظهار، وحكم الظهار هو التحريم ولهذا قالوا: إذا طلقها بعد مدة من الظهار وقبل التكفير فلا كفارة عليه؛ لأن الكفارة كانت ترادُ لرفع التحريم، والآن فلا حاجة إلىٰ رفع التحريم فهذا علىٰ أصلهم أوقَعُ[1].

---

(١) جواب المصنف هنا متجه، ولكن ليس علىٰ كل وجه، ومتمسك الحنفية كما قرره الكاساني، قال: لنا عمومات النكاح لا تقتضي حل وطء الزوجات علىٰ الأزواج نحو قوله تعالىٰ ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ وقوله ﷻ ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾، والظهار لا يوجب زوال النكاح والزوجية؛ لأن لفظ الظهار لا ينبئ عنه، ولهذا لا يحتاج إلىٰ تجديد النكاح بعد الكفارة؛ لأن المسلم صار مخصوصًا، فمن ادعىٰ تخصيص الذمي يحتاج إلىٰ الدليل؛ ولأن حكم الظهار حرمة مؤقتة بالكفارة أو بتحرير يخلفه الصوم، والكافر ليس من أهل هذا الحكم فلا يكون من أهل الظهار، وقد خرج الجواب عما ذكره من المعنىٰ، وأما آية الظهار فإنها تتناول المسلم لدلائل: أحدها أن أول الآية خاص في حق المسلمين وهو قوله ﷻ ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم﴾ فقوله تعالىٰ: (منكم) كناية عن المسلمين، ألا ترىٰ إلىٰ قوله ﷻ ﴿وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾ والكافر غير جائز المغفرة، وقوله تعالىٰ ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ بناء علىٰ الأول، والثاني أن فيها أمرًا بتحرير يخلفه الصيام إذا لم يجد الرقبة والصيام يخلفه الطعام إذا لم يستطع، وكل ذلك لا يتصور إلا في حق المسلم، والثالث أن المسلم مراد من هذه الآية بلا شك، والمذهب عندنا أن العام يبنىٰ علىٰ الخاص، ومتىٰ بني العام علىٰ الخاص خرج المسلم من عموم الآية ولم يقل به أحد. ينظر: بدائع الصنائع، ٣/٢٣٠.

❊ **فإن قيل:** نعم حكمه التحريم ولكنه من فروع الشرع، والذمي لا يقبل الخطاب بفروع الشرع، وحققوا بأنَّ المجوسي يستحل أمه فكيف يكون قوله: أنت عليَّ كظهر أمي؛ في حقه تحريمًا؟

۞ **قلنا:** عن هذا قال الشافعي: من صح طلاقه صح ظهاره[1]؛ لأن الطلاق قولٌ يوجب بالشرع تحريمًا كالظهار، وكل واحد منهما من ثمرات النكاح وفروعه لا كالتحريم الثابت بالإحرام والصوم؛ فإنها من فروع الإسلام، والكافر فارَقَ المسلم في أصل الإسلام، وهذا من فروع النكاح، وقد استويا

---

(١) وهذا أصل مختلف فيه أيضًا؛ وبيانه أن قوله: من صح طلاقه صح ظهاره؛ جعل فيه المعلول علة والعلة معلولًا؛ لأن الحنفية يقولون: المسلم إنما صح طلاقه؛ لأنه صح ظهاره، ومتىٰ كان الظهار علة للطلاق لم يثبت ظهار الذمي بثبوت طلاقه، فاستدل بعكس المراد، وجعل العلة معلولًا والعكس، والتخلص منه التمسك بأن هذا لا يمنع الاحتجاج، علل الشرع أمارات علىٰ الأحكام بجعل جاعل ونصب ناصب، وهو صاحب الشرع ﷺ، وغير ممتنع أن يقول صاحب الشرع: من صح طلاقه فاعلموا أنه يصح ظهاره، فأيهما ثبت منه صحة أحدهما حكمنا بصحة الآخر منه.

واحتج المخالف: بأنه إذا جعل كل واحد منهما علة الآخر وقف كل واحد منهما علىٰ ثبوت الآخر، فلا يثبت واحد منهما، كما لو قال: لا يدخل زيد الدار حتىٰ يدخل بكر، ولا يدخل بكر حتىٰ يدخل زيد، فلا يمكن دخول كل واحد منهما هنا.

الجواب: أن هذا يعتبر في العلل العقلية؛ لأن الحكم لا يجوز أن يثبت في العقل بأكثر من علة واحدة، وأما في أحكام الشرع فإنه يجوز أن يثبت بطريق آخر فيستدل به علىٰ الحكم الآخر.

فالحاصل أن البرهان يحصل به، لأن البرهان برهان علة كالاستدلال بالغيم علىٰ المطر، وبرهان دلالة كالاستدلال بالمطر علىٰ الغيم؛ أي: بالمعلول علىٰ العلة، أو بأحد المعلولين علىٰ الآخر ومنا مسألتنا هذه.

ينظر: البرهان، للجويني، ٢/٧٠٩، وروضة الناظر وجنة المناظر، ص٢٤، والتحبير شرح التحرير، ٧/٣٦٧١.

في النكاح حتىٰ استويا في الإيلاء والطلاق والخلع والرجعة والتوارث والعدة والمصاهرة وجميع القضايا، فكيف يتصور افتراقُهما في الظهار؟ ولسنا نحتاج إلىٰ الخوض في جواز خطاب الكفار/ بفروع الدين؛ فإن الإجماع منعقد علىٰ [٢٨٦/ب] أن جميع ثمرات النكاح في التحريمات وغيرها يستوي فيه المسلم والذمي، وأقربُها حرمة الطلاق والعدة والحيض والمصاهرة والحرمة المغلظة بالطلقات الثلاث، ولا فرق في هذه الأحكام بالإجماع فكيف افترقا في الظهار؟

❊ **فإن قيل:** سلَّمْنا أن حكم الظهار التحريمُ، وأن الذمي قابل للتحريم بأصله ولكن الثابت بالظهار تحريم موصوف بالانتهاء بالكفارة، فالكفارة غايةٌ، ولم يثبتْ تحريم مطلق، وإثبات التحريم بهذا الوصف في حق الذمي غير ممكنٍ؛ فإنه ليس من أهل الكفارة عندنا فالمسألة مبنية علىٰ هذه القاعدة وهذا مأخذ مذهبهم.

والجواب علىٰ رتبتين:

الأولىٰ: أن نسلم لهم جدلًا أن الكافر ليس من أهل الكفارة، ونقول: حكم الظهار تحريم مطلق ترفعه الكفارة إن وجدت، وإن لم توجد يبقىٰ، فالافتراق في الرافع لا يوجب الافتراق في المرفوع؛ لأن المانع مخصوص برفع الكفارة الرافعة ومقتضٍ نوعَ عُسْرٍ فيه.

❊ **فإن قيل:** فيصير الوطءُ محرمًا علىٰ التأبيد مع بقاء ملك النكاح علىٰ التأبيد، وهذا مما لا يراه الشرع ولا يرضىٰ به.

۞ **قلنا:** يبطل بالعبد المريض والمعسر المريض؛ فإن كل واحد إذا

ظاهر صحَّ ظِهارُه، ولا يُتصور الرافع في حقه.

※ **فإن قيل**: الرافع مُتصوَّر في حقِّ العبد بأن يعتق فيملك أو يصح فيصوم أو يتكلف مشقة الصوم في المرض، وكذلك في حق المعسر بأن يستقرض أو يتكلف فيصومَ أو يصِحَّ فيصومَ.

۞ **قلنا**: وهو متصور في حق الكافر بأن يُسلِمَ فيُكفِّر والإسلامُ إليه، وليس العتقُ ولا الصحة إلىٰ العبد، وقد يكون المرض بحيث لا يتصور معه الصوم أو يَحرم من حيث إنه سعيٌ في الإهلاك، فإذا كان الإمكان بتقدير صحةٍ معدومة ليست إليه أو عتق ليس إليه كافيًا فهو بتقدير الإسلام أولىٰ، فإنه شرط مجرد كالنية في الصوم والوضوء في الصلاة، وعدم الشرط مع القدرة عليه لا يمنع إمكان المشروط كما في حق المحدث؛ فإنه مخاطب بالصلاة، والكلام في هذه الرتبة واقعٌ لا مَحيصَ عنه.

الرتبة الثانية: هو أنا نقولُ: لسنا نُسلِّم أنه ليس من أهل الكفارة، ونحن نتعلق بعموم الآية، والخصم هو المدَّعي؛ فعليه إقامة الدليل.

※ **فإن قيل**: الكفارة عبادة؛ بدليل الافتقار إلىٰ النية، والكافر ليس من أهل العبادة.

۞ **قلنا**: لا نسلِّمُ أنه عِبادةٌ[1]، وأما النية فيشترط فيه لا للتقربِ،

(١) أما المصنف فهو يسلم بأن الكفارة عبادة، فقد ذكر ﷺ في وجوب الكفارة علىٰ من حفر بئرًا فتردَّىٰ فيها إنسان بعد موته وجهان، قال: «ووجه الإسقاط أن الكفارة عبادة بدنية فلا ينشأ وجوبها بعد الموت وعليه ينبني الخلاف في أن من قتل نفسه هل تخرج كفارته من تركته؟ ولغلبة شائبة العبادة قضينا بأن جماعة إذا اشتركوا في قتل واحد فعلىٰ كل واحد=

ولكن للإضافة إلىٰ السبب، فإن الرجلَ قد يُعْتِقُ متبرعًا، وقد يعتق عن الكفارة، فإذا عَيَّن جهة الكفارة كَفَا؛ كما قالوا في جزاء الصيد: تجب فيه النيةُ للتعيين، وكذلك في التيمم.

❊ **فإن قيل**: فيه معنىٰ العبادة علىٰ الجملة.

۞ **قلنا**: وكونه مشتملًا علىٰ الجملة علىٰ معنىٰ العبادة لا يوجب إبطاله ممن ليس أهلًا له؛ كما أن زكاة الفطرة فيه معنىٰ العبادة ثم وجب علىٰ الصبي/ ولا تجِبُ عليه العبادة نظرًا إلىٰ أن فيه معنىٰ المؤونة، وفي الحد معنىٰ [٢٨٧/أ] التمحيص والتكفير؛ قال ﷺ: «**الحُدُودُ كَفَّارَاتٌ لِأَهْلِهَا، وَالسَّيْفُ مَحَّاءٌ لِلذُّنُوبِ**»[(١)]، ثم أقيم علىٰ الكافر تنكيلًا لا تمحيصًا استقلالًا بإحدىٰ الشائبتين.

❊ **فإن قيل**: شائبة العبادة فيه غالبة.

۞ **قلنا**: لا نسلِّمُ؛ لأن ما كان القصد الأظهرُ منه العبادةَ يكون سببه مشروعًا، والظهار محرَّمٌ، وكذلك الفِطْرُ، وكذلك سائر أسباب الكفارات، وكيف يقال: إن الغالب عليها شائبةُ العبادات؛ ومذهبهم أن كفارة الفطر

= كفارة كاملة». ينظر: الوسيط، ٦/٣٩٢، وإذا تقرر ذلك فالنية هنا ليست إضافة إلىٰ السبب، وإنما لتحقيق التقرب والامتثال لأمر الله في العبادة، وهي علىٰ هذه الصفة لا تصح من الكافر إلا إذا قلنا بصحة وقوع العبادة من الكافر، ولا قائل به.

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وأخرج مسلم (١٧٠٩) كتاب الحدود، باب: الحدود كفارات لأهلها، من حديث عبادة بن الصامت هذا المعنىٰ قال: كنا مع رسول الله ﷺ في مجلس، فقال: «تبايعوني علىٰ أن لا تشركوا بالله شيئا، ولا تزنوا، ولا تسرقوا، ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق، فمن وفىٰ منكم فأجره علىٰ الله، ومن أصاب شيئا من ذلك فعوقب به فهو كفارة له، ومن أصاب شيئا من ذلك فستره الله عليه، فأمره إلىٰ الله، إن شاء عفا عنه، وإن شاء عذبه».

تسقط بالشبهة وتتداخل عند تعدُّدِ السبب، ولا تجب علىٰ المنفرد برؤية الهلال وعلىٰ من أصبح مجامعًا وعلىٰ من مرض في بقية النهار بعد الجماع، وعلىٰ من جامع عند إنشاء السفر في بقية النهار إلىٰ غير ذلك من المسائل؟! وإذا سلم ذلك في كفارة الفطر فكل ما يوجد في الظهار مما يدل علىٰ معنىٰ العبادة من اشتراط النية وتطرق الصوم إليه فهو موجود في كفارة الفطر من غير فرقٍ.

❊ **فإن قيل**: يدل علىٰ تغليب مَشَابِهِ العبادات أنه مفوَّضٌ إلىٰ رأيه لا يطالِبُ السلطانُ به، ولا عهد بعقوبة يفوَّضُ استيفاؤها إلىٰ المستحق عليه، ويدل عليه دخول الصوم فيه وهو عبادة محضة.

۞ **قلنا**: أما تفويضها إلىٰ رأيه يبطل بكفارة الفطر؛ فإنَّ مَشَابِهَ العقوبات غالبة عليها عندهم؛ بدليل التداخل والسقوط بالشبه، ثم الشرع أثبت المطالبة بالزكاة وهي عبادة محضة، ولكن تعلَّقُ بها أطماع المساكين، وسائر الحدود استوفيت إذ لا يتأتىٰ من أصحابها إقامتها علىٰ أنفسهم، ولا تسمح النفوس بها في غالب الأمر، وأما الكفارة ليست متعلقًا للأطماع، وهو مما يُقْدِمُ الإنسان عليه متبرعًا به في غالب الأمر، فلم يبعُدْ تفويضُه إليه، وأما الصوم فإنها عبادة محضةٌ فلا جَرم لم يثبت علىٰ الكافر، ولذلك لم يصِحَّ منه، وصح منه الإعتاق؛ إذا تبرع به حتىٰ قالوا: المرتدُّ إذا أعتق عن كفارة ثم عاد إلىٰ الإسلام لم يلزمْه إعادة الكفارة، ولو صام لم ينفعْه ذلك.

❊ **فإن قيل**: العقوبة ما يجب بطريق التنكيل والنَّكال فيما له نِكايةٌ في النفس أو الجاهِ أو المال إن كان بطريق المصادرة والإلزام كالجزية في حق

أهل الذمة، أما تفويض الأمر إلىٰ رأي الإنسان حتىٰ يخرج من ماله إن شاء أو يموت فيخرج من تركته؛ فليس هذا من العقوبات في شيء.

۞ **قلنا:** إن كان غرضُكم نفيَ مَشَابِهِ العقوبة بطَلَ بالسقوط بالشبهة في كفارة الظهار، وإن كان غرضكم أن هذا هو الغالب فهو أيضًا باطل به؛ فلا ثمرة لكم فيه، ثم التحقيق أن تنقيص الملك له نكاية في النفس، وإلزام الله سبحانه بتوعُّدِ العقاب علىٰ تركه نوع إرهاقٍ إلا أنه دون المواخذة به في الحال بتضييق الإلزام، فهذا تفاوت في مرتبة العقوبة لا إعدام لمعنىٰ العبادة؛ لا بل معنىٰ العبادة ما يتقرَّب العبد به إلىٰ الله تعالىٰ لا بسبب/ [٢٨٧/ب] جريمة سابقة، وهذا لا يجب إلا بجريمةٍ، والكافر يساوي المسلم في الجريمة وفي إمكان التكليف بتمحيص الجريمة إذ يبقىٰ معاقبًا بالكفر لا بالظهار، وإمكان إيجابه إيلامًا؛ فإنه قابلٌ له، فتبقىٰ شائبة العبادة مغمورةً غيرَ مقصودة.

※ **فإن قيل:** الصوم بدل عن العتق ومُبْدَلٌ للإطعام، وحقيقة الشيء لا يخلو عنه بدله ومُبْدله، وحقيقة الصوم عبادة محضة.

۞ **قلنا:** لا جرَم لا يخلو عنه بدله ومبدله، وليس يشرط أن يتمحص إذ ذاك مراعاةً للمساواة في جميع الصفات، وذلك لا يشترط في الأبدال، فقد جعل التيمم الذي هو تغبيرٌ قائمًا مُقامَ الوضوء الذي هو تطهير في إباحة الصلاة، فكذلك الصوم جعل قائمًا مقام العتق في إباحة الوطء، فلا فرقَ، وعلىٰ الجملة الالتفات إلىٰ السبب يغلب مشابَهَ العقوبات، وإلىٰ البدل يغلب مشابَهَ العبادات، والشيء يُعرف حقيقته بسببِه؛ فإنه لا ينفَكُّ عنه، وقد

ينفك عن البدل، فلا يصلح البدل لتعرف الحقائق، ثم السبب في الصوم أنه لا يتعلق به غرض آدميٍّ، فوقع بينه وبين الله بخلاف العتق والإطعام، ولهذا فرقوا بينهما في الصحة لا عن جهة الكفارة، ففَرَّقْنا نحن أيضًا في الكفارة.

❊ **فإن قيل:** في الزكاة شائبة النفقة لما تعلق به من غرض الفقراء، فهلا أوجبتموها علىٰ الكافر!

۞ **قلنا:** لأنها تجب بقرابة الإسلام، ولا قرابةَ، وهو لم يلتزم الإنفاق علىٰ المسلمين منه، فلم يتحقق السببُ، وأما ها هنا السبب الظهارُ، وهو كلمة زُورٍ، وقد تصور منه كأسباب العقوبات.

❊ **فإن قيل:** يدل علىٰ كون الكفارة عبادةً سببُها وشرطها وركنها وحكمُها، أما السبب فهو أنها شُرعتْ في مباحات لا إثم فيها؛ كرمي السهم إلىٰ صف الكفار إذا أصاب مسلمًا، وكَفِدْية الحلق بسبب الأذىٰ، وكفارة اليمين عند رؤية الخير في الحنث، والعقوبة تستدعي إثمًا، وقد وجبت حيث لا إثم قطعًا، وأما شرطها فهو النية إذ لا تتأدّىٰ إلا بها، وهي قصد التقرب إلىٰ الله تعالىٰ، ولا يُتقرَّبُ إلىٰ الله إلا بعبادةٍ، وأما ركنها فهو الصومُ؛ فإنها تتأدىٰ به عند العجز، وكما لم تصادفوا في الشرع صومًا هو عقوبةٌ فجعلتموه عبادةً محضةً لم تصادفوا أيضًا عتقًا هو عقوبة، وأما حكمها فهو الثوابُ؛ فإن الكفارة سَتَّارة للجريمة بثوابها، والتوبة مطهِّرةٌ علىٰ معنىٰ أنها تمحو الإثم، والكفارة تستر الإثم بالثواب ولا تمحو، والثواب لا يتصور في حق الكافر. والجواب أن الكفارة لم تُشرعْ إلا فيما أصلُه علىٰ التحريم، وإنما أُبيح بعارِضٍ وشرطِ التكفير لتكونَ الكفارةُ دافعةً للإثم مرةً

ورافعةً لها أخرىٰ، ودفعُ الإثم ورفعُه يُتصور في حق الكافر حتىٰ يصير بعد الظهار كأنْ لم يظاهِرْ، وكيف لا وهو منوطٌ بالزنىٰ في نهار رمضان؟ فكيف لا يكون في سببه معنىٰ التحريم؟ ثم آخر كلامهم يناقِضُ أولَه؛ لأن الكفارة إن كانت تستر إثمًا فلا بُدَّ من إثمٍ، ولا إثمَ إلا بتحريمٍ، فإن لم يكن سبب محرمًا في الأصل، فما المستور والمباح لا حاجة إلىٰ سترهِ، والدليل القاطع عليه أنهم قالوا: كفارة الجماع في نهار رمضان تتداخلُ، وتسقط بالشبهة كالحدود، فكيف يستقيم ما ذكروه؟ وأما النية فلا تُشترط إلا للتمييز، وإذا مات ميَّزَ وليُّه بقصده، واكتُفي به، أما الصوم فهو عبادة محضةٌ؛ فإنه أمرٌ بينه وبين الله، لا حَظَّ لأحد فيه؛ بخلاف العتق والإطعام، ولذلك فرَّقوا بينهما في الصحة وفي حق المرتد حتىٰ صحَّحوا عِتق المرتدِّ عن الكفارة دون صومه، وأما حكم الثواب للكفارة فليس كذلك؛ بل حكمه رفع الإثم أو دفعُه؛ حتىٰ نقول: الحالِقُ شَعَرَه عند الأذىٰ لا يأثَمُ؛ بشرط أن يكفِّر؛ فإنه ليس مأذونًا مطلقًا، ولكنه مأذون بشرطٍ، وكذلك الحانث مأذون في الحنث بشرط الكفارةِ، وكل إذنٍ بشرطٍ لا تبقىٰ له حقيقة الإذن عند عدم الشرط، نعم لو قصد التقرب به فقد يُثابُ علىٰ قصد الامتثال؛ كما إذا أقر وقال: زنيت فطهِّرْني، ومَكَّنَ من الحدِّ، فقد قال ﷺ: «**الحُدُودُ كَفَّارَاتٌ لِأَهْلِهَا وَالسَّيْفُ مَحَّاءٌ لِلذُّنُوبِ**»، ولكن ليس ذلك حكمَه الخاصَّ، فكذلك الكفارة.

❁ **مَسْأَلَة: المظاهِرُ العاجز عن تحرير الرقبة إذا صام شهرين متتابعَينِ، ووطِئ ليلًا لم يفسُدْ صومُه**[1]، وقال أبو حنيفة: تلزمُه الإعادة[2]، **والمعتمدُ** قولُه تعالىٰ: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[3] وقد أتىٰ به.

❊ **فإن قيل**: لم يأت بالتتابع إذ وطئ ليلًا.

◈ قلنا: الوطء ليلًا لو قدح في التتابع دون إفساد الصوم لقدح أيضًا الزنىٰ ليلًا، فإذا لم ينقطع بالزنىٰ فلم ينقطِعُ بوطء الزوجة؟

❊ **فإن قيل**: قال: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ وإذا وطئ ليلًا لم يُقدِّمْه علىٰ المسيس.

◈ قلنا: وإن استأنف فكمثلٍ، فلا يستفيد بالاستئناف التقديمَ؛ فأنه فائتٌ لا تدارُكَ له، بل إذا صام تسعًا وخمسين يومًا ثم وطئ، فلم يقدِّمِ الوطءُ إلا علىٰ يوم واحد، والمعظم صادف شرطه، ولو استأنف كان الكل

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٤٥٢/١٠، والمهذب للشيرازي، ٤٤٦/١، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٥٠٧/١٤، والوسيط، ٦٢/٦، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٥٨٢/١، وهو قول أبي يوسف من الحنفية ورواية عن الإمام أحمد. ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٨٤/٣، والفروع، ١٩٨/٩.

(٢) ينظر: المختصر، للقدوري، ص١١٩، والمبسوط، للسرخسي، ٨٤/٣، وتحفة الفقهاء، ٢١٥/٢، وبدائع الصنائع، ١١١/٥، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢١/٢، والاختيار لتعليل المختار، ١٦٥/٣، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١١٥/٤، وهو مذهب المالكية. ينظر: التهذيب في اختصار المدونة، ٢٧٢/٢، وعقد الجواهر الثمينة، ٥٦٠/٢، والفروع، ١٩٨/٩، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٥١١/٢، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٧٤/٣.

(٣) سورة المجادلة، جزء من الآية (٤).

بعد المسيس[1].

❊ **فإن قيل:** المأمور التقديم، وفيه التعرية والتخلية عن الوطءِ؛ فإن عجز عن التقديم لم يعجِزْ عن التعرية.

۞ **قلنا:** التعرية لم يثبت وجوبُها، وإنما هي ضرورة التقديم كالتتابع ضرورة الأداء في شهر رمضان، ثم لو فات الأداء لم تجب رعاية التتابع في القضاء؛ إذ تواليه جرىٰ لضرورة تتابع أيام الشهر لا لكونه مقصودًا، فإذا فات المقصود لم يبق للواقع ضرورةً عِبْرةٌ.

❊ **فإن قيل:** كان الأصل يقتضي وجوب التتابع، ولكن ثبت بما نقل من أحوال الصحابة ونساء رسول الله ﷺ من الإفطار بالسفر والحيض وتَرْكَ التتابع أنه لا يجِبُ التتابعُ، فإن قام ها هنا دليلٌ أيضًا علىٰ سقوط وجوب التعرية جوَّزْناه، وإلا فالأصل أن الامتثال الأصلي حاصل بالتقديم الذي التعرية معه، فمن أسقطه فعليه الدليل[2].

۞ **قلنا:** لا بل المصرَّحُ به هو التقديمُ، فمن زاد التعريةَ وجَعَلَها مقصودًا

(١) قال السرخسي: «ولأنه لو استقبل صار مؤديًا صوم الشهرين بعد المسيس، ولو بنىٰ صار مؤديًا أحد الشهرين قبل المسيس والآخر بعده، وهذا أقرب إلىٰ الامتثال». ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٣/٨٤.

(٢) الحنفية ينصبون دليلًا علىٰ هذا المسألة، وهو حديث ابن عباس أن رجلًا أتىٰ النبي ﷺ قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله، إني ظاهرت من امرأتي، فوقعت عليها قبل أن أكفر، قال: وما حملك علىٰ ذلك يرحمك الله؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر، فقال: لا تقربها حتىٰ تفعل ما أمر الله. فبهذا النص تبين أنه ليس له أن يغشاها قبل التكفير سواء كانت كفارته بالإطعام أو بالصيام.

٢٨٨/ب بالإيجاب فعليه الدليلُ، ونحن/ بما نُقل من الصحابة من سقوط التتابع في رمضان نستدِلُّ علىٰ أن ما هذا منهجه مما يقع ضرورةً لا يحصل مقصودًا بالوجوب.

* **فإن قيل**: قوله تعالىٰ: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ﴾ يوجب بمطلقه الصوم ليلًا ونهارًا، ولكن استثني الليلُ، وجوز فيه سائر المفطرات لضرورة الجبلَّةِ، وتُرِكَ وطءُ الزوجة علىٰ أصل التحريم فهو ليلًا مصادفٌ للصوم حكمًا، فكان كالوطء نهارًا، وهذا كما لو نذَر الاعتكاف متتابعًا شهرًا يدخل الليلُ والنهار ويجوزُ للضرورة الخروجُ لقضاء الحاجة، ثم لو جامع وقت الخروج فَسَدَ اعتكافُه، وإن لم يصادف نفس الاعتكاف، ولكن الاعتكاف كالباقي حكمًا.

والجوابُ: أن نقولَ: من ادَّعىٰ أن صوم الشهرين اقتضىٰ إطلاقُه صومَ الليل، رد عليه الشرع والعرف قطعًا؛ إذ لو كان كذلك وكان الاستثناء ليلًا للضرورة لجاز استصحابُ الصوم وتكلُّفُ المشقة، كما يجوز للمعتكف الملازمةُ إلىٰ أن يقدر عليه، ولو استدام المعتكف متكلفًا في وقت الحاجة إلىٰ الخروج ثم جامع فسد اعتكافه، ولو استدام الصائم الصومَ ليلًا ثم ارتكب المفطراتِ لم يفسُدْ؛ لأنه غير قابلٍ للصوم، كيف ولو كان مستثنىٰ للضرورة لاختصَّ الاستثناء بالمباحات، ويحصل الفساد بالزنىٰ وشرب الخمر وأكل الخنزير، فيستحيل أن يكون استثناؤُها من جملة الرخص، ثم يبطل ما ذكروه باللمس؛ فإنه محرمٌ، ثم سواءٌ جرىٰ ليلاً أو نهاراً لم يلزمِ الاستئناف؛ لأن اللمس في الوضع ليس بمفسِدٍ للصوم، فكذلك الوطء بالليل من حيث الوضعُ ليس بمفسِدٍ للصوم؛ بل ليس بمصادفٍ له أصلًا.

❁ **مَسْأَلَة: لا تجزئ في سائر الكفارات إلا الرقبةُ المؤمنةُ**[١]، وقال أبو حنيفة: تجزئ إلا في كفارة القتل[٢]، **والمعتمد** القياس علىٰ كفارة القتل؛ فقد نص الربُّ سبحانه علىٰ الإيمان، وما أمكن تعليله بمعنىٰ وجب تعليلُه، وقد ظهر فيه معنًىٰ مناسبٌ؛ لأن الإعتاق في حق المعتق ترفيه وإنعامٌ وتوسيع وإيصالُ نَفْعٍ لا يقابلها نفعٌ، فإذا ذكر الإنعام مقرونًا بالإسلام ظهر بينهما الالتئامُ، ولاح أن الباعث للشرع ليس يرضىٰ بصرف هذه النعمة إلىٰ عبدٍ ليس يشتغل بشكر أنعم الله تعالىٰ، وهذا كلام مناسبٌ، وهو ملائم لتصرفات الشرع؛ فإن الإرفاق بالزكوات لما أن كان نوعَ نعمة لم يرض الشرع بصرفها إلىٰ الكفار، وأوجب صرفها إلىٰ عباده الشاكرين لنعمته بتصديق رسوله والإيمان به، ومثل هذا المعنىٰ في الشرع واقع في الرتبة العُليا في الظهور، فكيف يجوز إهماله؟![٣].

❁ **فإن قيل**: العتق إسقاط محض وليس فيه صرف إلىٰ شخص؛

---

(١) ينظر: الأم، ٨/١٦٠، والحاوي الكبير، ١٠/٤٦١، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٠/٣٦٣، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص٤٦١، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: بداية المجتهد، ٢/١٨١، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل، ٤/١٢٥، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٩/٢١٤، والروض المربع، ص٥٩٥.

(٢) ينظر: النتف في الفتاوىٰ، ١/٣٨٤، والمبسوط، للسرخسي، ٧/٤، وبدائع الصنائع، ٥/٩٥، والبناية شرح الهداية، ٥/٥٤٤، وفتح القدير، لابن الهمام، ٤/٢٧٤.

(٣) لم يقبل الحنفية هذا المعنىٰ الذي ذكره المصنف لعدم ثبوت المساواة عندهم بين كفارة القتل وسائر الكفارات؛ لأن القتل من أعظم الكبائر، وفيه تفويت رقبة مؤمنة مخاطبة بالإيمان بخلاف أسباب سائر الكفارات؛ ففيها من التغليظ ما ليس في غيرها، ولهذا لا يكون الإطعام بدلًا من الصيام في كفارة القتل بخلاف كفارة الظهار. ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٧/٤.

ليُراعىٰ وصفُ المصرِفِ؛ إذ الصرف النقل، والصرف يستدعي مصروفًا، وذلك اقتضىٰ نقلًا، والعتق ليس ملكًا للسيد حتىٰ يقالَ: نقله إلىٰ العبد، وإنما مِلكه الرق وقد أسقط ولم ينقلْه، والحاصل/ للعبد العتق ولم يملكه السيِّدُ. [١/٢٨٩]

❁ قلنا: هذا من قبيل دفع المعاني الكلية الجلية بالعبارات الملفقة والهَذَياناتِ المزخرفة، فليعبر الخصم عن العتق بما شاء، أيُنْكِرُ أن الشرع قصد بالأمر بالإعتاق تخليصَ العبد عن رِبقة الاسترقاق، وإذا لم يمكن إنكارُه، فيبعد ألا يكون المؤمن هو المقصودَ بالخلاص، فلا قصْدُ الخلاص يمكن إنكارُه، ولا قَصْدُ تخصيص المسلم بالتخصيص يُنكَرُ مناسبتُه وملائمته لتصرفات الشرع، فلا يقع في مقابلة مثل هذا الكلام مُلَفَّقٌ لا طائل له.

علىٰ أنَّا نقول: إن كان حصول الخلاص للعبد غيرَ مقصود فليكفه إتلافُ عبده، ففيه إسقاط الرقِّ، وأما العتق فغير مملوك له ولا هو مقصودٌ بالإيجاب.

❊ فإن قيل: الإتلافُ عدوان، فكيف تتأدَّىٰ به العبادة؟

❁ قلنا: لِم بَقِيَ عدوانًا بل ينبغي أن يصير واجبًا؛ فإن مقصود الشرع الإسقاطُ وقد وجب، فإن قالوا: سبب منعه النظرُ للعبد؛ فإن في قتلِه إضرارًا به.

❁ قلنا: نفرض فيما إذا كان للسيد عليه قصاصٌ هو مخيَّر في إسقاطه واستيفائه فقتلَه بنية الكفارة، فإن القتل ها هنا جائزٌ له بغير كفارةٍ، فإذا نوىٰ الكفارة ينبغي أن يحصُلَ، ولَسْنا نقصد بهذا الإبعادِ إلا التنبيهَ علىٰ بُعْد خيالِ

مَن تخيَّل أن المقصود من العتق السقوطُ المحض دون الخلاص المرتَّبِ عليه، فبالضرورة يُعلم أن شَوْفَ الشرع من عدم الرق حصولُ العتق لا عدمُ الرق لعينه، وإذا ظهر لاق بالمصلحة اختيار مصرِفٍ له يليق به الإنعام.

❊ **فإن قيل:** الإيمان زيادة في صفة الواجب، وكما لا يجوز بقليل قدر الواجب لا يجوز تعليلُ وصف الواجب، ولو جاز تعليل قدر الواجب لأوجب في صوم كفارة اليمين ستُّون يومًا نقلًا من الظهار.

❊ **قلنا:** زيادة قدر الواجب لا يعلَّلُ لا لأنه زيادةٌ؛ بل لأنه ليس يمكن تعليلُه، فلو ظهر فيه مثلُ هذه العلة المخيلة لوجب تعليلُه، فلا فرق بين حُكْمٍ وحكم بعد ظهور العلة، إنما الفرق من حيث إن بعضها لا يُفْهَمُ فيه علة مناسبة مؤثرةٌ، وهذا قد ظهر، ووصف التتابع وإن كان وصفًا لما لم يظهر لنا تعليلُه لم نفعلْه، ووصفُ الإيمان ظهر سببُه حتىٰ لو قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[1] في إحدىٰ الكفَّارات، وقال في كفارة أخرىٰ: «فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مُدًّا»، ولم يذكر المصرفَ؛ لكنَّا نقولُ: لا يجوز أن يصرف إلىٰ الأغنياء، وإن سُمي إطعاماً، بل نقول: ظهر لنا وجه مخيل في تعيين المساكين للصرف إليهم، وهو أن الشرع ليس يبغي تنقيصَ الملك فقط بل يبغي دفع حاجة فقيرٍ للشرع تشوَّفَ إلىٰ دفعه، فنقيس المسكوت علىٰ المنطوق به لظهور عِلَّتِه، ولا نقيس في التتابع لعدم ظهور العلة، ولو تصورت زيادة في المقدار نفهَمُ فيها مثل هذه العلة لعَلَّلْنا ولم نمتنِعْ.

❊ **فإن قيل:** شرط القياس ألا يكون الحكم المثبتُ بالقياس منصوصًا

---

(١) سورة المجادلة، جزء من الآية (٤).

عليه، وكفارة الظهار منصوصٌ عليه.

۞ **قلنا:** فلا جرَم لم نقِسْ في كفارة الظهار، وإنما قِسْنا في تعيين المصرف بصفة من الصفات، وتِيكَ الصفة مسكوتٌ/ عنها نفيًا وإثباتًا، فذِكْرُ [٢٨٩/ب] الرقبة المجردة كذلك الفقراء أو المساكين في آية الزكاة من غير تعرُّضٍ للإسلام، ثم إذا خصصنا بالمسلمين بدليلٍ دلَّ عليه لم يكن نسخًا بل كان تخصيصًا ببعض الأوصاف، وهذا لأن تخصيص التمييز يتضمن لا محالة تنزيلَ المطلق علىٰ مقيَّدٍ بصفة لم يجْرِ ذِكْرُها؛ كما حملوا قولَه: «**لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ**»[(١)] علىٰ الحربي والمعاهد، وقالوا: معناه: كافر حربي أو كافر معاهدٌ؛ فهو زيادة وصف أضيف إلىٰ الكفر المطلق، وحملوا قولَه: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا**»[(٢)] علىٰ الصغيرة والأمة المكاتبة، وقولَه: «**لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ**»[(٣)] علىٰ صوم قضاءٍ، فهذه تخصيصُ بصفاتٍ، وكذلك يجري جميع تخصيص التمييز لا ينتظم إلا بزيادةِ صفة في المستبقىٰ، ونقصانِ وصْفٍ من المستثنىٰ، وإنما تخصيصُ الإبهام هو

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٩٩١)، وأبو داود في السنن (٤٥٠٦) كتاب الديات، باب: ولي العمد يرضىٰ بالدية، والترمذي في السنن (١٤١٢) أبواب الديات، باب: ما جاء لا يقتل مسلم بكافر، وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح».

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٢٤٣٧٢)، والدارمي في السنن (٢٢٣٠) كتاب النكاح، باب: النهي عن النكاح بغير ولي، والترمذي في السنن (١١٠٢) أبواب النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، وقال الترمذي: «حديث حسن».

(٣) أخرجه الدارمي في السنن (١٧٤٠) كتاب الصوم، باب: من لم يجمع الصيام من الليل، والنسائي في السنن الكبرىٰ (٢٦٥٢) كتاب الصوم، باب: ذكر اختلاف الناقلين لخبر حفصة في ذلك، والحديث رواته ثقات. ينظر: تنقيح التحقيق، ٣/١٧٧.

الذي لا يفتقر إلىٰ زيادةٍ؛ كقوله: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ﴾[1]؛ فإنما نخصِّصُ بثلاثةٍ مِن جملتهم تعيينًا بعد الإبهام لا لاختصاصهم بصفة، وإلا فسائر التخصيصات لا ينتظم إلا بزيادة صفةٍ، وهذا قاطع في فن الأصول، وما ذكروه في مقابلة محض التخييل؛ فلْيُتَأَمَّلْ.

❊ **فإن قيل:** كرر الإيمان ثلاثًا في كفارة القتل، ولم يتعرضْ في الظهار للإيمان مرة واحدةً، فكيف يغلب علىٰ الظن مع هذا الاستواء.

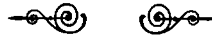
۞ **قلنا:** التكرير تأكيد للحكم في أصل القياس، فيستحِثُّ علىٰ التشمُّرِ عن ساق الجِدِّ والبحث عن الداعي إليه والمعنىٰ الباعث عليه، ولا يُقْدَمُ في القياس، ثم كان سببه أنه تعرض في المرة الثانية والثالثة لقتل كافر أو قتل مؤمن بين الكفار، فأعاد ذكر الإيمان كي لا يظنَّ أن الإيمان شرط التغليظ، فإذا كان القتيل كافرًا أو بين الكفار خَفَّ الأمرُ، أو كيلا يُظَنَّ أن المؤمنةَ بالمؤمن والكافرةَ بالكافر.

❊ **فإن قيل:** يحتمل أن يكون ذلك تغليظًا لأمر القتل، فكيف يُدَّعىٰ أن اليمين والظهار في معناه للتغليظ؟

۞ **قلنا:** وأيُّ تغليظ في إيجاب المؤمنة؟! فإن كان ذلك لزيادة القيمة فالكافرة النفيسة ينبغي أن تكون أولىٰ بالأجزاء من المؤمنة الخسيسة القيمةِ، كيف والإيمان لا تأثيرَ له غالباً في زيادة القيمة، ولا في ضيق الوجود؛ بل الكفر قد يزيد في القيمة؛ إذ يرغب في شرائه الكفار والمسلمون جميعًا،

(١) سورة التوبة، جزء من الآية (٦٠).

فكيف يقاوم خيال التغليظ مع هذا المعنىٰ الجليِّ الذي ذكرناه في قصد الشرع تخصيصَ المؤمنين بهذه المكرمة والتوسعة؟ كيف والإفطار قصدًا في نهار رمضان أغلَظُ مِن رمي سهم إلىٰ صف الكفار علىٰ قصد التقرب؛ بدليل أن ذلك مُوَثِّمٌ قطعًا، وهذا لا إثم فيه قطعًا؟ فكيف يعلَّلُ بالتغليظ؟ والله أعلم(١).



(١) كل ما ذكره المصنف في هذه المسألة من المعاني التي من أجلها حكم بتقييد الرقبة في سائر الكفارات بالإيمان، قد لا يكون مؤثرًا في مذهب الحنفية ما دام أصلهم الذي بنوا عليه هذه المسألة ونظيراتها قائما، والأصل المعني هنا هو أن القيد لا يتناوله الإطلاق؛ أي: لا دلالة للمطلق علىٰ القيد بوجه كاسم الرقبة لا يتناول صفة الإيمان والكفر؛ لأن المطلق هو المتعرض للذات دون الصفات فكان التقييد تصرفا فيما لم يكن اللفظ متناولًا له فلا يكون تخصيصًا، فالإطلاق عبارة عن العدم أي عدم القيد، والتقييد عبارة عن الوجود أي وجود القيد فكيف يتناول الإطلاق التقييد مع تنافيهما؟! وإذا لم يتناوله لا يكون التقييد تخصيصًا بل يكون إثبات نص ناسخ للإطلاق بالمقايسة أو بخبر الواحد؛ وذلك باطل.
وبيانه أن الخصم لما أثبت التقييد في رقبة كفارة اليمين أو الظهار بالقياس بأن قال: تحرير في تكفير فكان الإيمان من شرطه قياسًا علىٰ كفارة القتل أو بخبر الواحد، وهو ما روي أن «معاوية بن الحكم جاء بجارية إلىٰ رسول الله ـ ﷺ ـ وقال: علي رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول الله ـ ﷺ ـ: «أَيْنَ اللهُ؟ فقالت: في السماء، قال: «مَنْ أَنَا؟» قالت: أنت رسول الله، قال: «أَعْتِقْهَا فَإِنَّهَا مُؤْمِنَةٌ»، فامتحانها بالإيمان دليل علىٰ أن الواجب لا يتأدىٰ إلا بالمؤمنة، وأن المراد من المطلق المقيد كان هذا منه إثبات نص مقيد للرقبة المذكورة في الكفارة كأنه تعالىٰ قال في الكفارتين: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ كما قال كذلك في كفارة القتل، وإثبات مثل هذا النص بالقياس وخبر الواحد لا يجوز. هذا هو تقرير أصلهم كما ذكره البزدوي في كشف الأسرار، ٣/١٩٤.

❊ **مَسْأَلَة: عِتْقُ المكاتَبِ لا يُجزئُ عن الكفارة**[1]؛ خلافًا له[2]، **والمعتمدُ** في المسألة أنه عِتْقٌ واقِعٌ عن جِهة الكتابة، فلا يجزئ كما لو كان أخذ من النجوم دِرهمًا، فإنْ منَعوا نقَلْنا إليه وفرضنا فيما إذا أخذ كل النجوم إلا درهمًا، وقلنا: عتقٌ غير خالِي عن استفادةِ ما حكمُه حُكْمُ الأعواض، فلا تتأدَّىٰ به الكفَّارةُ؛ كما لو قال لعبده: أعتقتُك عن كفارتي/ علىٰ درهمٍ. [٢٩٠/أ] فقال: قبلتُ، فإن فرقوا وقالوا: إعتاق المكاتبِ بعدَ قَبْض بعض النجوم فسْخٌ للكتابة، فلا يقع عن جهة المعاوضة؛ بخلافِ ما إذا قال: أنت حرٌّ علىٰ مالٍ لم يتمكنوا منه؛ فإن الكتابة لازمة علىٰ السيد لا سيما بعد قبض أكثر النجوم، وما وقع مجزئًا عن العوض كيف يسلَمُ له مجَّانًا، ولم يستتبع المكاتب الأولاد والأكساب إن تضمن فسخَ الكتابة، فإن سلموا أخْذَ بعض النجوم وفرَّقوا بأنه لم يسلم العتق عن عوضٍ، وهو مأمور بالتبرع؛ بخلاف ما إذا لم يأخُذِ العوضَ؛ فإنه متبرع بالإعتاق، ولم يؤمَرْ إلا بتحرير رقبة علىٰ سبيل التبرعِ وقد فعل ولم يحصُلْ له منه عِوَضٌ.

❁ **قلنا:** وإن لم يحصُلْ منه عِوَضٌ، ولكن حصل له به قضاءُ حقٍّ

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٤٧٠/١٠، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٥٣١/١٤، والوسيط، ٥٠/٦، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٢٤/١١، وهو مذهب المالكية ورواية عن الإمام أحمد، وهو المعتمد عند الحنابلة. ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، ١١٤/٤، ومنح الجليل، ٢٥٢/٤، والهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٧٢، والفروع، ١٩٣/٩، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ١٤١/٧، والإنصاف في معرفة الرجاح من الخلاف، ٢١٩/٩.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٧١/١٧، وتحفة الفقهاء، ٣٤٤/٢، والهداية شرح بداية المبتدي، ٧/٣، والعناية شرح الهداية، ٢٥٨/٤، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١١١/٤، وهو رواية عن الإمام أحمد. ينظر: الهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٧٢.

واجب للعبد عليه، ومن قضىٰ حقًّا واجبًا لازمًا فقد حصَّل بفعله أقوىٰ الأغراض، فكان كما لو أعتق المستولدة إذ لم يحصل له منه عِوَضٌ، ولكن قضىٰ به حقًّا لازمًا، وهذا لِفِقْهٍ؛ وهو أن القُربة في إيقاع الشيء خالصًا لوجه الله، فإذا كان الشيء مستحَقًّا لغير الله ووقع عن حقِّه، كيف يبقىٰ خالصًا لوجه الله ؟!

❊ **فإن قيل:** المستولدةُ ناقِصُ الرقِّ بخلاف المكاتَبِ.

◉ **قلنا:** نقصان الرق غير معقولٍ؛ فإنه لا يتجزَّأُ.

❊ **فإن قيل:** هو ضعيف.

◉ **قلنا:** ولا يُعقَلُ ضعفُه أيضًا؛ إلا أن يُعْنىٰ بالنقصان والضعف أنه مستحقٌّ للعتاقة بسبب لازمٍ، أو هو ممتنعُ البيع، وهذا قد تحقق في المكاتب؛ فإنه امتنع مع البيع سائرُ التصرفات من الإجارة والرهن والوطء والاستخدام حتىٰ لزم الأرش والأجرة والعُقْرِ عند الوطءِ والجناية والاستخدام[1].

---

(١) مقصود الحنفية من نقصان الرق: أن لفظ المملوك مطلق يتناول المملوك، والمكاتب ليس بمملوك من كل وجه، ولهذا لم يجز تصرفه فيه، ولا يحل له وطء المكاتبة، ولو تزوج المكاتب بنت مولاه ثم مات المولىٰ ورثته البنت ولم يفسد النكاح، وإذا لم يكن مملوكًا من كل وجه لا يدخل تحت لفظ المملوك المطلق، وهذا بخلاف المدبر وأم الولد؛ فإن الملك فيهما كاملٌ، ولذا حل وطء المدبرة وأم الولد، وإنما النقصان في الرق من حيث إنه يزول بالموت لا محالة، قال الشاشي: «وعلىٰ هذا قلنا: إذا أعتق المكاتب عن كفارة يمينه أو ظهارها جاز، ولا يجوز فيهما إعتاق المدبر وأم الولد؛ لأن الواجب هو التحريرُ، وهو إثبات الحرية بإزالة الرق، فإذا كان الرق في المكاتب كاملًا كان تحريره تحريرًا من جميع الوجوه، وفي المدبر وأم الولد لما كان الرق ناقصًا لا يكون التحرير تحريرًا من كل الوجوه». ينظر: أصول الشاشي، ص٨٩.

❊ **فإن قيل**: الكتابة قابلةٌ للفسْخِ دون الاستيلاد.

۞ **قلنا**: وهذا لا يقدَحُ في الغرض؛ فإنَّ الكتابة لزومُها من جهة السيد كالاستيلاد من الجهتين، وافتراقهما من حيث إن الفعل لا يقبل الفسخ، والعقود يقبل الفسخ لا يُخيلُ افتراقًا في الغرض؛ كما أن التعليق يفارق الكتابة؛ فإنه لا يقبلُ الفسخُ قَصدًا، والكتابة تقبلُ، ثم استويا عند الخصم في هذه المسألة، وهذا للتحقيقُ: وهو أن المعقول استحقاقُ المستولدةِ العِتْقَ، فوقوع إعتاقِها عن جِهة الاستيلاد وعتق المكاتب في مسألتنا قد وقع عن جهة الكتابة، فأيُّ منفعةٍ في قبول الكتابةِ الفسخَ ولم يفسَخْ بل بُنِي العتقُ عليه، ووقع موجبًا له، أو المعقول نقصانُ رقٍّ بهذا السبب هو راجعٌ إلىٰ عين امتناع التصرف، واستحقاقُ العتق لا يعقل النقصان دونه، وهو متحقِّقٌ في المكاتب، فاستويا في الذي يناسب المنع، وافترَقا فيما لا يقدح في الغرض.

❊ **فإن قيل**: لا نسلِّمُ وقوع العتق عن جهة الكتابة.

۞ **قلنا**: دليلُه القاطع استتباع الأكساب والأولاد، وهو خاصية عتق الكتابة لا يتصور ثبوتُه إلا فيه، فإن تعسَّفَ متعسِّفٌ بمنعِه، ولم يُنقلْ عن أحدٍ منهم يُؤبَهُ له ويوثق به انقطع الخلاف في هذه المسألة؛ فإنَّا نسلم أن الكتابة لو فُسخت وأُعتق المكاتب جاز، فيرتد الخلاف إلىٰ أن السيد هل له الاستبداد بفسخ الكتابة وإبطال حق العبد من الأكساب والأولاد بعد أن ثبت حقًّا له بجهة لازمة، والكلام فيه ينتهي إلىٰ حد/ القطع؛ إذ لا معنىٰ للزوم [٢٩٠/ب] حق المكاتب في نفسه وولده وكسبه مع قدرة السيد علىٰ الاستقلال بإبطاله.

❊ **فإن قيل:** العِتقُ واقعٌ في حق العبد عن جهة الكتابة، فقد بقيت الكتابة في حقِّه، ولم تبقَ في حق السيد بل ارتفع، فهو في حق السيد غير واقع عن جهة الكتابة؛ بدليل أنه لو كان في حقِّه عن جهة الكتابة لكان الإعتاق تعجيلًا للمعوض يوجب تقرير العِوَضِ لا إسقاطَه، ولا خلافَ في أنه يبرأُ عن النجوم بإعتاقه، ولا سبب له إلا ما ذكرناه.

والجواب علىٰ ثلاثة مراتب:

الأول: هو أنَّا نقول: قولُكم: انفسخ في حق السيد، وبقِيَ في حق العبدِ؛ كلام خارج عن المعقول؛ فإنه كما لا يعقل ثبوت العقد في حق أحد العاقدين دون الثاني لا يُعقلُ ثبوت الفسخ؛ فإن الفسخ يَرِدُ علىٰ العقد وهو خطةٌ واحدة، إن ارتفع ارتفع مطلقًا، وإن بقيَ بقيَ مطلقًا، فأما التقطيع والتوزيع فلا يعقل فيه. يبقىٰ قولُهم: فلِمَ يبرأُ عن النجوم؟

❁ **قلنا:** لسببٍ اقتضىٰ براءته ولا يلزمنا ذِكْرُه، ويكفينا أن نبين أنه ليس السببَ فيه انفساخ الكتابة؛ بدليل بقاءِ استتباع الأكساب والأولاد مع أن الفسخ الملمَّعَ لا يُعقل؛ هذا طريق في المجادلة.

الجوابُ الثاني: هو أن نقولَ: البراءةُ إنما حصلت لأن إعتاق السيد مجازٌ عن الإبراء؛ إذ لم يمكنْ أن يجعل إعتاقًا، فكان كإعتاق الوارث عندهم، فإنهم جعَلوه مجازًا عن الإبراء كما تخيَّلوا أن الوارث لا يملك المكاتب، ولكِنْ يقدِرُ علىٰ تحصيلِ عِتْقِه بالإبراء، فإذا قال: أعتقْتُ؛ كان كقولِه: أبرأتُ، فكذلك السيدُ غير قادرٍ علىٰ إعتاقه إلا بطريق إبرائه؛ إذ الكتابةُ أَوْجَبَ للعبد استحقاقَ العتق، ولو مكِّنَ من العتق لفوَّت جهةَ الاستحقاق عليه

بالتبرع عليه بالمستحقِّ، فيكون بالتبرع مفوِّتًا عليه ما استحقَّه بمثله، ولا يجوزُ تفويتُ المستحق لا بمثله ولا بغيره، فلما صار محجورًا بالكتابة عن العتق إلا بطريق الإبراء ضاهىٰ الوارث علىٰ أصلهم، فلم يُمْكِنْ تحقيقُ قولِه: أعتقتُ؛ إلا بطريق تحصيلِ البراءة ضِمْنًا له، وجعله مجازًا عنه.

❊ **فإن قيل:** عِمادُ هذا الكلام أنه محجورٌ بالكتابة عن العتقِ، وهو تحكُّمٌ؛ بل العِتق هو مقصود العبد، فكيف يكون محجورًا عن مقصوده في العتق؟!

❁ قلنا: الكتابة عقد لازم اقتضىٰ استحقاق العتاقة قطعًا، فلأجله عُقد، وكل ما أثبت من جَعْلِه أحقَّ بنفسه ويده وحُجر علىٰ السيد من التصرفات، أُثْبت تشوفًا إلىٰ تحصيل العتق المستحَقِّ، فلا سبيل إلىٰ جحد ذلك.

بقي أن العتق مقصودُه.

❁ قلنا: ولكن لا كُلُّ عِتْقٍ بل عتقٌ عن جهة الكتابة؛ بدليل أنه لو باع المكاتب من قريبه كأبيه ضربًا للمثل لم يصِحَّ، ولو قال له أب المكاتب: أعتقْه عنِّي بألفٍ؛ فأعتقه؛ لم يصِحَّ، وقد حصل المقصودُ، وإن كان في ضمنه نقْلُ الملك، ولكن نقل الملك إذا لم يفوِّتِ المقصود لم يُحجَرْ فيه، وكذلك إذا قال السيدُ: مهما فسخت كتابتَكَ فَسْخًا صحيحًا فأنت حرٌّ، ثم قال مِن غير سببٍ وخيارٍ: فسختُ؛ لا ينفُذُ الفسخُ وإن كان في الفسخ تحصيلُ العتق/، ولكنه تحصيل العتق بجهة أخرىٰ، فدل أنه لا يقدر علىٰ [٢٩١/أ] صرف العتق عن جهة استحقاقه، والدليل عليه أنهم وافقونا علىٰ وقوع العتق في حق العبد عن جهة الكتابة حتىٰ عتَق بعتقِه أولادُه، فإن قدر علىٰ صرفه

عن جهة الكتابة فليكُنْ كقوله: فسختُ وأعتقت؛ حيث يقدر علىٰ الفسخ بعجز المكاتب.

❊ **فإن قالوا:** كيف يكون الإعتاق كنايةً عن الإبراء ويتطرَّقُ إليه التعليقُ بالصفات؛ فيقولُ: إن دخلتَ الدارَ فأنت حُرٌّ، والإبهامُ؛ فيقول: أعتقتُ أحدَكما، والتسريةُ فيُعتق نصفَه فيسري إلىٰ الآخر، ولو قال: أبرأتُكَ عن النصف، أو: أبرأت أحدَكما، أو: إذا دخلت الدار فأنت مُبَرَّأٌ عن النجوم، لم يُفِدْ هذه الأحكامَ، والوارث عندنا لمَّا لم يملكِ الإعتاق لم يجزْ له التعبير عن الإبراء بهذه الوجوه.

الجواب: أن الإبراءَ إذا حصل بلفظ الإعتاق اكتسب الحكم من اللفظ، واحتمل ما يحتمله اللفظُ من التعليق والإبراء؛ كما أن البيع إذا حصل ضِمْنًا للعتق احتمل الاستغناءَ عن القبول؛ مع أنه لو صرَّحَ به لم يحتملْ، وأما التسريةُ فإنما حصلَ لأن قوله: أعتقت نصفَك؛ تضمَّنَ تحته الإبراءَ عن الكلِّ؛ إذ لا يعتق نصفه بالإبراء عن البعض، وإنما يعتقب الإبراء عن الكلِّ، فلا يحصل بطريق السراية بل يحصُلُ بطريق إدراج إبراء الكلِّ؛ لأنه من ضرورته.

❊ **فإن قيل:** كيف يكتسب الإبراء من لفظ الإعتاق حُكْمَه ولم يبق للفْظِ الإعتاق عِبْرةٌ؟ فإنه لم يبْقَ عتقًا بل صار مجازًا عن الإبراء، فلا إعتاق ها هنا، وإنما الصادر منه إبراءٌ فقط لا إعتاق؛ بخلاف ما إذا قال: أعتقْ عبدَك عنِّي، فإنا حصلنا البيعَ ضِمْنًا وبقَّيْنا الإعتاق إعتاقًا بعد الملك بوكالتِه، فالملك اندرج تحتَ إعتاقٍ هو موجودٌ؛ إذ الموجود بيعٌ وإعتاق بعدَه، وها هنا ليس الموجود إبراءَ وإعتاق بعده بل هو إبراءٌ فقط، ولفظ

الإعتاق كناية عنه.

﴿ قلنا: لو قال: أعتِقْ عبدَك عنّي علىٰ ألفٍ. والعبد أبُ المستدعىٰ، فقال: أعتقْتُ؛ نفذ، وليس ها هنا إلا بيعٌ وحصولُ عتقٍ حُكمًا له وموجَبًا به، لا بإعتاقٍ مُنَشَّأٍ، ومع هذا استغني عن القبول لحصوله بلفظ الإعتاق، وإن لم يمكن تقدير إعتاق بعد الملك؛ فإن العتق ضروريٌّ بعد الملك؛ كما أنه ضروريٌّ بعد الإبراء، فلا فرقانَ، فدلَّ أن للَّفْظِ تأثيرًا، ولذلك نقول: لو أسقط الدَّين بلفظ الإبراء لم يفتقِرْ إلىٰ القَبول، ولو أسقط بلفظ الهبة يفتقِرُ، ولو قال لها: أنت طالقٌ إن شئتِ؛ يفتقرُ إلىٰ جوابٍ في المجلس، ولو قال: إن كلمتِ فلانًا استرسل علىٰ الأوقات.

فإن قال قائلٌ: لو قال لعبده: إن دخلتَ الدار فأنت حرٌّ عن كفارتي، ثم كاتبه ثم دخل الدار؛ عَتَقَ عندكم، ولم يقع عن الكفارة، وبرِئَ العبد عن النجوم، واستتبع الكسب والولدَ، ولم يمكن أن يجعل هذا إبراءً؛ إذ لا يصلح دخولُ الدار لجعلِه إبراءً، ولا لفظُ السيد؛ إذ تقدم علىٰ الكتابة، فإنه نُصِّبَ لسبب السقوط قبل انتصاب سبب الثبوت، والقابلُ للتعليق لا يقبل هذا بالإجماع، وهو/ تعليق الطلاق قبل الملك دون الإضافة إلىٰ الملك، [٢٩١/ب] فدلَّ أنه يعقل أن يقالَ: حصل العتق في حق السيد عن التعليق، وفي حقِّ العبد عن الكتابة، فلمَ يطالَبُ السيد بالنجوم واستتبع العبد الولدَ والكسبَ؟

فنقول: هذه المسألة لا نعرفها مسطورةً، وقد وَلَّدها الخاطرُ في سياق هذا الكلام[1]، وينقدِحُ فيه ثلاثةُ احتمالاتٍ؛ أحدها: أن يقالَ: يقع هذا عن

(١) سبق المصنف ﷺ لفرض هذه المسألة الإمام الجويني في نهاية المطلب فيما يجزئ من=

الكفارة وتنفسخ الكتابةُ ولا يستتبع الكسبَ والولدَ، ولا يُستبعد انفساخٌ بسبب سابقٍ؛ نظرًا إلىٰ حالة التعليق، فإنَّا قد نقول: لو علق عتقًا في الصحة، ووجدت الصفة في المرض، فقد ننظر إلىٰ حالة التعليق إلىٰ نظائرَ له، فيُحسب من رأس المال، ولا يبالَىٰ ببطلان حق الورثة، كذلك لا يبالىٰ ببطلان حقِّ المكاتب.

الاحتمال الثاني: أنَّ العتق لا ينفُذُ؛ لأن الكتابة لازمة، والنظر إلىٰ حال وجود الصفة، ولم يمكن أن يجعل إبراء وهو محجورٌ عن العتق، وإنما جوِّزَ له الإبراءُ، وهذا لا يمكن أن يجعل إبراءً، فلا ينفُذُ العتق.

والاحتمال الثالث ـ وهو الأقرب إلىٰ الإنصاف عندنا: تسليمُ حصول العتق مع براءة النجوم واستتباع الكسب والولد، ولكنه لا يقع عن الكفارة لما يقوله أبو حنيفة؛ مِن أن العتق حصل في حق السيد بسبب التعليق والإعتاق، ووقع في حق العبد عن حقِّه من الكتابة، ومع هذا فنبني عليه غرَضَنا من الكفارة، وهو الكلام في الرتبة الثالثة في الجواب عن السؤال، وهو أن نقولَ: سلَّمْنا أن الإعتاق نافذٌ لا بطريق الإبراء، وأن العتقَ حصل بالإعتاق،

= الرقاب، وفي الرقاب المشتركة فقال: «ولو قال من عليه الكفارة: إن دخلتَ الدار، فأنت حر عن كفارتي، فإذا دخل، عَتَق عن الكفارة. هذا ثابت في الأصل، ولكن لو نوىٰ صرف العتق في نصيبه إلىٰ الكفارة، ثم نوىٰ صرف العتق في نصيب شريكه عند أداء القيمة، فهذا لا يصح، وإن نوىٰ عند إعتاق نصيبه صرف جميع العتق إلىٰ كفارته، فانتجز العتق في نصيبه، وتأخر في نصيب شريكه ثم حصل، فالنية السابقة هل تكفي؟ فعلىٰ وجهين: أحدهما: أنها كافية؛ فإنها ارتبطت بالعتق، ثم حصل العتق علىٰ ترتيب.
والثاني: أنه لا يجوز؛ فإنَّ تقدم النية علىٰ نفوذ العتق فاسد مع القدرة علىٰ الإتيان بها مقترنة بحصول العتق». انظر: نهاية المطلب، ١٤/٥٣٦.

ولكن عن جهة الكتابة، فلا يبعد حصولُ عتق بسببين؛ كما لو قال: إن أكلتَ الخبز فأنت حرٌّ، وإنْ أكلتَ يومَ السبت شيئًا فأنت حُرٌّ؛ فأكل الخبز يومَ السبت، حصل العتقُ بموجب التعليقين جميعًا، ولكن نقول: إذا تأدَّىٰ بهذا العتق حقُّ العبد لم يصلُحْ لأن يتأدَّىٰ به حقُّ الله؛ إذ خرج عن كونه خالصًا لوجه الله، ونزل منزلة عتق المستولدة؛ فإنه تبرع بالإعتاق ولكنه قضاءٌ لحَقِّها، فلا معنىٰ للفرق بنقصان الرقِّ، فإن نقصان الرقِّ لا يُعقَلُ؛ إن لم يفسَّرْ باستحقاق العتق ومنع البيع؛ إذ لو نقص الرقُّ لحرّم الوطءُ، ولا خلاف في أنه لو قال: إن دخلتَ الدار فأنت حرٌّ، ثم قال: إن دخلتَ الدار فأنت حر عن كفارتي؛ لم يقع عن كفارته؛ لأنه لم يتحد سببه، فلم يحصُلْ لجهة الكفارة، فكذلك هذا العتق وإن حصل بالإعتاق كعتق المستولدة، فقد تأدَّىٰ به حقُّ المكاتب.

❊ **فإن قيل:** حق المكاتب في العتاقِ نفسِه لا في حق الإعتاق، وحقُّ الشرع في الإعتاق، وقد أقدم علىٰ الإعتاق وسقط الرق به، فكان ممتثلًا، فحصول حق المكاتب به لا يقطَعُ نسبته عن الإعتاق، وهذا كما أن الزوجة إذا أبرأت عن الصداق ثم طُلقت، أو البائع أَبْرأ عن الثمن ثم فُسخ العقدُ، لا تردُّ الزوجة قيمةَ الصداق الذي أبرأت عنه، ولا البائعُ قيمةَ الثمن؛ لأن حكم الطلاق حصول/ البراءة، بلا عِوَضٌ، وهو موجود حالَ الطلاق، فتأدىٰ [٢٩٢/أ] به حقُّه، وحق الفسخ براءةُ الذمة عن الثمن، وهو موجود عند الفسخ وإن كان حاصلًا قبله، فصار حكمًا للفسخ.

❁ **قلنا:** هذه المسائل عندنا ممنوعة، ثم ليست قادحةً في غرضِنا،

فإنه جاز في عتق المستولدة ثم لم يقَعْ مجزئًا؛ لأنه إذا صار العتق حكمًا للكتابة وحقًّا للمكاتب بوجهٍ، فمن ذلك الوجه انثَلَم الخُلوصُ لله تعالىٰ، فلا يجزئ كما في المستولدة. وقولهم: إن حق الشرع في الإعتاق للمكاتب لا في العتاقِ.

۞ **قلنا:** الإعتاق يُراد للعتاق، فكأنَّ الشرعَ يبغي مباشرة الطريق دون المقصد الذي الطريق موضعٌ له؛ فهذا هَذَيانٌ لا حاصل له.

❊ **فإن قيل:** فحق الشرع في سقوط الرق، وحق العبد في العتق الثابت، فأصل الفطرة عند زوال الرقِّ؛ فلا تعارُضَ إذ لا تصادُمَ علىٰ محلٍّ واحد.

۞ **قلنا:** هذا تلبيسٌ؛ إذ لو قُلِبَ وقيل: لا؛ بل حق الشرع في العتق والحرية إذ أُوجِبَ بلفظ التمرير الذي هو علةٌ في إيجاد الحرية لا بلفظ الإسقاط، وحق المكاتب في سقوط رقِّ السيد؛ لكان الطرد كالعكس، والكُلُّ باطلٌ؛ فإن العتق والخلاص والحرية هو مقصود عقد الكتابة والكفارة جميعًا، والباقي عبارات ترجعُ إليه، أو وسائلُ يُتَذَرَّعُ بها إليه، وقد وقعت المعارضة في المقصود فخرج عن كونه خالِصًا له؛ فأشبه المستولَدَةَ.



❊ **مَسْألة:** إذا اشترىٰ أباه بنيَّةِ الكفارة لم يقَعْ عن كفارته[1].

---

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٠/٣٧٧، وفتح العزيز بشرح الوجيز، ٨/٢٠٤، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٣/٤٠٥، وهو قول مالك، ففي المدونة: «فإن اشترىٰ أباه أو ولده أو ولد ولده أو أحدًا من أجداده أيجزئ أحد من هؤلاء في الكفارة؟ قال: سألت مالكًا عنه فقال: لا يجزئ في الكفارة أحد ممن يعتق عليه إذا ملكه من ذوي القرابة؛=

وقال أبو حنيفة: يجزئه[1]، **والمعتمدُ** أن نية الكفارة اقتَرنت بشرط العتق لا بسببه وعِلَّتِه، فصار كما إذا قال لعبده: إنْ بِعْتُك واشتريتُك؛ فأنت حرٌّ، ثم باعه ثم اشتراه بنيةِ الكفارة، **والتحقيق** فيه أن الواجب عليه التحريرُ، والتحريرُ عبارة عن إيجاد علة الحرية لا عن إيجاد شَرْطه.

❊ **فإن قيل**: لا نسلِّمُ أن الشِّرَاء شرطٌ؛ بل العتق يحصل بالقرابة والملك جميعًا، فالعلة مركَّبة منهما، والملك آخر أجزاء العلة، ولآخِرِ أجزاء العلة حُكْمُ تمامِ العلة، ولذلك نقول: إن السفينة إذا كانت ممتلئة فوضَع واضع فيها زيادةً وغَرِقَت وَجَب الضمانُ عليه وأحيل بالإغراق عليه، وإن كان الغرق يحصُلُ بنقل الكل، ولكن ما تعاطاه هو آخِرُ أجزاء الثِّقَلِ.

والجوابُ: أن تمييزَ العلة عن الشرط بالمناسبة والتأثير، وعليه عُوِّلَ في تمييز الزنىٰ عن الإحصان، والتعليقِ عن الصفة، والتردية عن حفر البئر، والقرابة مناسبة مؤثرة بالاتفاق؛ فإنها وُصْلَةٌ، والعتق مكرُمةٌ وصِلَةٌ، والقرابة وُصْلة متقاضية بحكم العادة للصلة، فكيف لا يتقاضىٰ دَفْعَ يدِ الإرقاق والإذلال؟! فحصل العتق بهذه المناسبة، وأما الشِّراء هو الذي صدر منه، وهو سبب الملك، والملك لا يناسب زوال نفسه، والعتق عبارة عن زوال الملك، فكيف يكون الشراء الذي هو جلبُ مِلكٍ مناسبًا للزوال؟ أو كيف

= لأنه إذا اشتراه لا يقع له عليه ملك إنما يعتق باشترائه إياه». وهو قول الحنابلة. ينظر: المدونة، ١/٥٩٧، كشاف القناع، ٥/٣٨١.

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٧/٨، وبدائع الصنائع، ٤/٧٤، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢/٢٦٧، والاختيار لتعليل المختار، ٣/١٦٤، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/٨، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ٢/٥٩.

[٢٩٢/ب] يكون الملك الذي هو حُكْمُ الشراء مناسبًا زوالَ نفسه؟ فنُزِّلَ منزلةَ/ الشراء في العتق المعلَّق بالشِّراء[١].

❊ **فإن قيل**: للملك تأثيرٌ في إيجاب الصلة، ولذلك تجِبُ النفقة في حق القريب على الموسِرِ، وتجب الزكاة بالمال، وهو صلةٌ في حق الفقير وجب بسبب الملك، ويدل على كونه سببًا بالاتفاق جوازُ أداء الزكاة بعد وجود النصاب وقبل الحول مع امتناعه قبل ملك النصاب، فكان ملك النصاب سببًا لثبوت حق الفقير في بعض النصاب، فكذلك ملك الأب سببٌ في زوال الملك عنه، لا يفارقه إلا في أمرين:

أحدهما: أن هذا صار سببًا في زوال الكلِّ، وذلك صار سببًا في زوال البعض، وهذا لا يقدح في المناسبة؛ فإنه يرجعُ إلى القلة والكثرة لا إلى انقطاع الحكم عن السبب.

والآخر: أنه لا يتعيَّنُ حق الفقير في أجزاء النصاب؛ لأنَّ غيره قائم مقامه ومحصِّلٌ مقصوده وبمثله قلنا: لا يتعيَّن في جنسه، وأن البدل يتطرَّق إلى الزكوات، وأما ها هنا غيرُ الأب لا يقوم مقام الأب في تحصيل العتق بل يتعين له ذاته فلذلك تعيَّن.

---

(١) جواب المصنف ﷺ ها هنا عن الاعتراض المتوهم للحنفية صحيح قاطع، ولكن الاعتراض الأهم عند الحنفية هو أن قياس الشافعية ومن وافقهم في هذا الفرع فاسد يندرج تحت الطرديات الفاسدة، وهو أنهم زادوا في الأصل وصفًا يقع به الفرق بين الفرع وأصله، وبيان ذلك أن الأصل المقيس عليه هو ما لو كان حلف بعتق أبيه إن ملكه، فإنهم يلحقون شراء الابن لأبيه بنية الكفارة به، واستقامة هذا التعليل بزيادة وصف به يقع الفرق من حيث إن المحلوف بعتقه إذا عتق عند وجود الشرط لا يصير مكفرًا به، وإن نواه عند ذلك أبًا كان أو أجنبيًّا. ينظر: أصول السرخسي، ٢/٢٢٩.

والجواب: أن هذا تلبيسٌ؛ فإن الملك في عينه لا يناسب زوال نفسه، والعتق عبارة عن زوال الملك، وثبوت الشيء يجوز أن يسمىٰ بسبب بقائه، فأما أن يُجعلَ سبب فنائه في عينه فمُحالٌ؛ بل لا بُدَّ وأن يحال فناؤه وانقطاعه علىٰ سبب مِن خارجٍ زائدٍ علىٰ ذات الزائل بالضرورة، وهي القرابة ها هنا، وأما الإنفاق علىٰ القريب لا يجِبُ بسبب المال بل يجب بسببِ القرابة، ولكن تكليف العاجز غيرممكنٍ، فشرط وجود مال فاضل عن قدر قوته ليصير به قادرًا قابلًا للتكليف وتقرير حكم السبب في حقه، وكذلك تجب الزكاة لله بسبب الملك، ومناسبتُه أنَّ الملك نعمةٌ، والنعمة تناسبُ الشكر للمنعِمِ، وأما علَّةُ استحقاق الفقير له فقره وإسلامُه، والرابطةُ بينهما قرابة الإسلام، وسبب تعيُّنِ الغنيِّ لاستحقاقه عليه أن مال الله هو المصروف إليهم، وإنما وجب الشكر علىٰ الغنيِّ، والفقيرُ في القبض نائبٌ عن الله تعالىٰ؛ هذا معتقدُهم، ونحن أثبتنا للفقير حقًّا علىٰ الغني، وإنما نثبته بقرابة الإسلام ورابطته، ولذلك لا تجب لكافر ولا علىٰ كافر، ولكن يشترط لقدرته علىٰ الإنفاق والمواساة كما في حق القريب؛ إلا أن القرابة لما بَعُدَتْ وكانت شَرعيةً لا حقيقةً إذ قال: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾[1]، والمؤمنون كنفسٍ واحدة، لم يجعل كل شخص قادرًا علىٰ المواساة بأن يفضُل عن قوته شيء مع كثرة حاجاته سوىٰ القوت؛ بل شرطنا أن يكون له مال فاضلٌ عن جميع حاجاته يُعَدُّ غنيًا به ومستغنيًا به عنه، فتفاوت مقدار ما تحصل به القدرة لتفاوت العُرف الموجب، وهذا كما أنهم شرطوا الاحتلام والعقل لوجوب الزكاة حتىٰ يصير قادرًا لا لأن الاحتلامَ يناسب الوجوبَ أو العقلَ يناسب

---

(١) سورة الحجرات، جزء من الآية (١٠).

الوجوبَ، ولكن تثبت القدرة علىٰ الأداء بهما، ثم القادر علىٰ الأداء يجب عليه الأداء بسبب موجب لا بالقدرة، وكيف يكون ما نحن فيه من هذا القبيل ولو ملَك خزائن الدنيا وكان أبوه يُعرَض في السوق/ بثمنٍ بَخْسٍ ودراهم [٢٩٣/أ] معدودة لا يلزمه الشراءُ، ولو لم يملك إلا درهمًا واحدًا فاشترىٰ به أباه، أو ورِثَه وهو لا يملك غيرَه وهو محتاج إلىٰ ماليَّتِه لقُوتِ يومه الذي يخاف علىٰ هلاكه لو فاتت ماليَّتُه يُقضىٰ بأنه يعتق عليه؟ فدلَّ أنَّ القَرابةَ هي العلَّةُ المستقلةُ، ولكن كيف توجب القرابة إزالة ملك لا وجود له؟ فكان الملكُ محلًّا لتأثير القرابة، والمَحالُّ شروط بالنسبة إلىٰ الأسباب تنزَّلُ منزلةَ الحياة من القتيل؛ فإنه شرط ليحصُلَ القتل بالجراحة؛ فإنَّ الإزهاقَ حيث لا روحَ لا يُعْقَلُ، ثم لم يكن روح القتيلِ جزءًا من السبب، فكذلك الإزالةُ دون المُزالِ غيرُ معقولٍ، فكأنَّ الملك شرطٌ ليعقل إزالته بعلة القرابة كما يشترط الروح ليعقل إزهاقُها بعلَّة الجراحة من غير فرقٍ، وهذا قاطعٌ لا غُبَارَ عليه.

الجواب الثاني: أنَّا إن نزَلْنا عن هذا وسلَّمنا أن الملك جزء من السبب، فمن يسلِّمُ أن آخر أجزاء السبب له حكمُ كمال السببِ؟ وهل هذا إلا تحكُّمٌ يأباه العقلُ؟! وكذلك نقول في مسألة السفينة، ويدل علىٰ بطلان ما ذكروه أن الملك يحصل في البيع بالإيجاب والقبول جميعًا، ولم يذهب أحد إلىٰ أن الأخير يحالُ بالحكم عليه؛ حتىٰ إنَّ انفساخ النكاح الذي بِشِرَاء الزوجِ زوجتَه إن أُحيل علىٰ الزوج تشطَّرَ المهر قبل المسيس، وإن أحيل علىٰ الزوجة سقط الكلُّ، ولم ينظرْ أحد إلىٰ ما يتراخىٰ من الإيجاب والقبول، وكذلك الجلَّادُ إذا زاد علىٰ المئةِ فمات، فلا يجب عليه كمالُ الديَةِ.

❊ **فإن قالوا:** يجبُ طردًا للقياس، فإذا اجتمع عليه جماعةٌ بالسياط علىٰ التلاحقُ أو بغرْزِ الإبر فيه علىٰ التلاحق حتىٰ مات، فلا يختص بالقصاص والديةِ الغارِزُ الأخير ولا الضارب الأخيرُ بالإجماع، فلا فَرْقَ بينه وبين مسألة السفينة.

فإن زعموا أن آلام الجراحات السابقة باقيةٌ وتنضاف إليها الأخيرة ويموت بالكل، فكذلك ثِقَلُ الأول قائم، وانضاف إليه الأخير، فغرقت السفينة.

وإن زعَموا أن كل جراحة علة كاملة في الإزهاق بطَل عليهم بالسياط؛ فإن آحادَها بحكم العادة لا يقتُلُ؛ كما أن آحاد الأجزاء لا يُغْرِقُ السفينةَ، فلا فرق علىٰ القطع، ولذلك لم يذهب أحد إلىٰ أن الحُرمة المغلَّظة في الطلقات الثلاث تحصُلُ بالأخير، بل تحصُلُ بالكلِّ، ولذلك قالوا: إنَّ وطءَ الزوج الثاني إذًا رفَع أثرَ الثلاث، فبأنْ يرفع أثر الواحد أولىٰ، وعلىٰ الجملة قضية العقول كافية إلىٰ الاستشهاد؛ فإنَّا نعلم أن المتأخر لا فضل له علىٰ المتقدم في التأثير، وأنَّ الحكمَ يحصل بمجموع الأجزاء.

❊ **فإن قيل:** الدليل علىٰ أنه مُعْتِقٌ بالشراء قولُه ﷺ: **«مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ مِنْ عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ البَاقِي»**[1]، والمشتري للشرك يقوَّمُ عليه الباقي، والوارثُ للشرك لا يقوَّمُ عليه وإن ثبت الملك بالإرث أيضًا، وأنه ﷺ قال: **«لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ حَتَّىٰ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ»**[2]، فسماه معتِقًا

(١) أخرجه البخاري (٢٥٠٣) كتاب الشركة، باب: الشركة في الرقيق، ومسلم (١٥٠١) كتاب العتق.

(٢) أخرجه مسلم (١٥١٠) كتاب العتق، باب: فضل عتق الوالد.

ولم ينشأْ بعد الشِّراء إعتاقًا، فدل أنه معتِقٌ بنفس الشراء، فإذا كان معتقًا في حُكْمِ هذين الخبرَينِ كان معتِقًا في حكم/ الكفارة أيضًا. [٢٩٣/ب]

۞ قلنا: سمَّاه معتِقًا مجازًا؛ علىٰ معنىٰ أنه متوصِّلٌ إلىٰ عتقه بشرائه، وصاحبُ الشرط قد يُسمَّىٰ فاعلًا مجازًا؛ كما يسمىٰ حافِرُ البئر قاتلًا، وإن لم يكن أحدث علَّةَ القتل، وأما السراية فإنما تبنىٰ علىٰ إمكان الغُرمِ؛ فإمكانُ الغرم يتعلق بالشرط المحضِ، ولذلك وجب الضمان علىٰ حافر البئر؛ فإنه ليس يُشْترط فيه إلا اختيارٌ مَا، وله في هذا العِتْقِ اختيارٌ مِن حيث إنه أقدم علىٰ الشراء الذي هو شرط، ثم إن اكتفوا بحكم فالمشتري ليس معتِقًا في أحكامٍ؛ أحدها: أنه ثبت فيه خيارُ الشرط عندهم، والوكيل المطلق بالشراء يشتري القريب ولا يعتقُ، والصبي المأذون في الشراء يشتري القريب، ولو أذن له في الإعتاق لم يُعْتِقْ، والمكرَهُ علىٰ العتق يغرم، والمكرِهُ علىٰ شراء القريب لا يغرمُ، فإذًا الأحكام متعارضةٌ، والحقيقة ما قدَّمناها.

۞ فإن قيل: الشرط والسبب اصطلاح الفقهاء، وإنما مقصود الشرع التبرعُ بإعتاق رقبةٍ اختيارًا، وقد تبرع به ونوىٰ عند اختياره، فقد حصل مقصودُ الشرع من خَلاصِ رقبةٍ عن الرقِّ، ووجد من الاختبار ما تتأدىٰ به العبادة، فاقترنت النية بأول اختياره؛ فإن القرابة ليست من أفعالِه؛ بخلاف التعليق مع الصفة، يحقق هذا أن من قيل له: اقتُلْ فلانًا؛ فأحْرَقَهُ كان ممتثلًا، وإذا قيل له: أتلِفِ القُطْنَ؛ فأحرقه كان ممتثلًا، وليس إليه إلا تقريبُ القطنِ من النار وتهديفُه لها حتىٰ تؤثِّرَ النارُ فيه، فتكونَ النارُ هي العلَّةَ المحرِقةَ؛ بحكم اطِّراد العادة، ولكن يُسَمَّىٰ متلِفًا تحقيقًا، فكذلك القرابة معتِقةٌ؛ كما أن النار

محرِقةٌ، ولكن لا تؤثِّر القرابة في الإعتاق ما لم تصادِفِ الملكَ، ولا النارُ في الإحراق ما لم تصادِفِ القطنَ، فمن أثبت سببًا لمصادفته، وهو الوضعُ في جِواره سُمِّي متلفًا؛ لأن أثرَ النار ليس من أفعال العباد؛ فلا يقطع نسبةَ الحكم عن فعل العبد، وكذلك من عليه حراجات من المرض إذا جرحه غيرُه فمات، غرمَ تمامَ الضمان ولم يكن شريكًا، ولو كانت الجراحة من غيره عُدَّ شريكًا، فالتعليق السابق فِعْلٌ معتَبَرٌ، فهو كجرح الغير والقرابة كالضعف الحاصل بالمرض، فكانت الحوالة على ما تعلَّقَ باختيار العبد وما عداه لا يقطع نسبة الحكم عن اختياره.

وهذا كلامٌ له وقْعٌ في نفس المنصِفِ، وسبيل الجواب من وجهين:

أحدهما: أنَّ القرابة ليست معطَّلةً شرعًا في استحقاق إضافة الأحكام إليها؛ بل قد أُضيف إليها جملة من الأحكام، وأقرب أمر إليه أنه لو صرف طعام الكفارة إلى الأب في يوم استحقاقه للنفقة لم يجزْهُ، ولو صَرَف إليه غيرُه لسقط به استحقاق نفقته بسبب استغنائه، ولم يجُزْ أن نجعله غنيًّا عن نفقته بصرف كفارته إليه؛ لأن القرابة علَّة في استحقاق الصرف كالكفارة، فكان تجريد إضافته إلى الكفارة تحكُّمًا، فكذلك هذا، ولا فرْقَ بين البائعين أصلًا، فإن كانوا يعوِّلون على المقصود فقد حصل سدُّ جَوعة مسكينٍ، فليكُنْ أبًا واستغنى به عن نفقته، وكذلك إذا اشترى المعلَّقَ عِتْقُه/ فقد حصل [٢٩٤/أ] المقصودُ، فلِم نُظر إلى تَقَدُّمِ اختياره في التَّعليقِ، والتَّبرعُ بالتخليص حاصل؟ فدلَّ على أن القياسَ الذي ذكرنا متَّبَعٌ.

الجواب الثاني: هو أنه لو سُلِّم جدلًا أن الشِّراء علةٌ مستقلةٌ، ففي

المصرفِ خَلَلٌ ، فإنه إذا عَتق به أبوه ، كان الحاصلُ به حظَّه ؛ إذ له حظٌ ظاهرٌ في عِتْقِ أبعاضه ، كما له حظٌ في عِتْقِ نفسه ، ولو اشترىٰ عبدَ نفسِه بنيةِ الكفَّارةِ ، فما نرىٰ أحدًا يستجيز القولَ بإجزائه ؛ لأنه سعىٰ لنفسه ، فكذلك من يسعىٰ لأبيه وابنه وسائرِ أبعاضه ، والدليل عليه: أنهم قالوا: المُكرِهُ علىٰ الإعتاق يَغْرم ؛ لأنه مُفَوِّتٌ ، والمُكرِه علىٰ شِراء القريبِ لا يَغْرم كما لا يَغْرم المكرِه علىٰ الأكل ؛ لأن الأكلَ حصولٌ في الآكلِ لا فواتٌ ، وكذلك عِتْقُ القريبِ ، وكذلك قالوا: إذا أكرهه علىٰ العتق عن الكفارة لا يغرم ؛ لأنه حصل له بوجه ما ، فدل أنه مُحَصِّلٌ به غرضَه ، والعبادةُ إنما تَتأدَّىٰ بما يقع خالصًا لوجه الله ، وهذا كلامٌ مستقلٌ بنفسه ، واقعٌ في جنسه.

❊ **فإن قيل**: فإذا أعتق أخاه ، فله حظٌّ فيه ، وكذلك صديقُه.

❁ **قلنا**: الأخُ عندنا كابنِ العَمِّ عندهم ، ولو أكرهه عندهم علىٰ شِراء الأخ لا يَغْرم ، ولو أكرهه علىٰ إعتاقِ ابنِ العمِّ يَغْرمُ ، والسببُ أن الأغراض لا ضبْطَ له[1] ، فضُبِطَ عندنا بالبَعْضيَّةِ ، وعندهم بالمَحْرَميَّةِ ، وهو الذي عَلَّق عليه الشرعُ حقَّ العَتاقِ ، وهذا كما قالوا: الهبةُ بعد حصولِ غرضٍ منها لا رجوعَ فيها ، ثم فَرَّقوا بين بعضِ الأقاربِ وبعضٍ ؛ مع أن في الكلِّ صلةَ الرَّحمِ ، ولكن قالوا: الضبطُ إلىٰ الشرعِ ، فكلُّ قرابةٍ جعلها الشرعُ مُوجِبًا للصلةِ ؛ فيُضبط به ، فكذلك نقولُ في هذا المقام.



(١) كذا في الأصل: «له» ، والجادة: «لها» ؛ لعود الضمير علىٰ «الأغراض» ، وهي مؤنث ، والمثبت يتخرج علىٰ الحمل علىٰ المعنىٰ بإفراد الجمع ؛ أي: الغرض ، وتقدم التعليق علىٰ مسألة الحمل علىٰ المعنىٰ.

❁ **مَسْأَلَة: إذاقال: أَعتِقْ عَبدَكَ عن كفَّارَتي، ولم يذكرْ عِوضًا، فقال: أعتقتُ، وقع عن المُستدعِي**[1]، وقال أبو حنيفة: لا يقع إلا إذا ذَكَر عِوَضًا[2]، **فنقولُ**: العبدُ محلٌّ للعتقِ، وهو أهلٌ للاسْتِدْعاءِ، والمالكُ أهلٌ للإجابةِ، ولم يَتخلَّفْ إلا ذِكْرُ العوضِ، ولا يفارِقُ الملكُ بالهبةِ ملكَ المعاوضةِ إلا في افتقارهِ إلىٰ شرطٍ آخرَ؛ وهو القبضُ، أو ما يقوم مقامه، وهذا حصل بطريقِ التَّضْمِين، فلا يُعتَبرُ فيه الشرطُ، كما لم يعتبر القبولُ، مع أن الملكَ في المعاوضة لا يَحصُلُ بالإيجابِ والاستيجابِ، وهو قولُه: بِعْني، وقولُه: بِعْتُك، ما لم يقل: اشتريتُ، وكفىٰ هاهنا قولُه: أعتِقْ، وقولُه: أعتقتُ؛ لأنه حاصِلٌ ضِمْنًا، والمُحَصَّلُ ضِمْنًا يَكتسِبُ الحكمَ مما تَضَمَّنه، وما تَضَمَّنه ـ وهو العتقُ ـ غيرُ مُفتقِرٍ إلىٰ القبولِ، فكذلك هو غيرُ مُفتقِرٍ إلىٰ القبضِ، بل هو عينُ القبضِ.

❊ **فإن قيل**: ولم إذا أُدرج القبولُ ينبغي أن يُدرجَ القبضُ؟

۞ **قلنا**: لأن علةَ الإدارجِ النظرُ إلىٰ المُتَضَمِّن دونَ المتضمَّن، وهذا لا يختلِفُ باختلافِ الشرائطِ.

❊ **فإن قيل**: القَبولُ قولٌ، فإدراجُه تحت قولٍ غيرُ بعيدٍ، وأما القبضُ

---

(١) ينظر: المهذب للشيرازي، ٣/٧٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٤/٥٤٣، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٦/٤٤٠، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٤/٩٥، وهو رواية عن أحمد. ينظر: المبدع شرح المقنع، ٧/٢٠.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، ٥/١٠٧، والنهاية شرح الهداية، ٥/٥٦١، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤/٢٨٤، وهو رواية عن أحمد. ينظر: الهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٧٣، والمغني، ٨/٤٠.

فإنه فِعلٌ، فلِمَ قلتم: إنه يُدرَجُ تحت القول؟

۞ قلنا: وأيُّ فرقٍ بين القولِ والفعلِ إن كانت العلَّةُ ما ذكرناه، وهو النظرُ/ إلىٰ المصرَّحِ به دون المحصَّل ضِمْنًا؛ وهي علَّةٌ مناسبةٌ؟ فإن لم تكنْ مرضية فلا بُدَّ من إبداءِ علة أخرىٰ. [٢٩٤/ب]

❊ فإن قيل: سببُه أن اللفظ يُراد للدلالة، والوجيزُ قد يدلُّ علىٰ الطويل، وأما القبضُ لا[1] يشترط للدلالة حتىٰ يقالَ: استُغْني بدلالةِ غيرِه عنه.

۞ قلنا: إن تُرِكَ القبول لأنه استغني بدلالة غيرِه فليُتْرَكْ في قولِه: بِعْني، وقولِه: بِعْتُ؛ فإنه دلَّ علىٰ الرضا.

وإن قيل: لا تحصل الثقة بالرضا؛ فلعلَّه يقول استحثاثًا وامتحانًا، فمثلُه جارٍ في قولِه: أعتِقْ عبدَك عني، فإذا قال: أعتقْتُ، فيقول: لا أريدُه، وإنما قلتُ استحثاثًا وامتحانًا، فدلَّ أن ما ذكروه من التعليل باطلٌ، ثم إنا نتكلم عليه من وجهين؛ **أحدهما**: أنا نقولُ لم يُدرَجْ ها هنا إلا قولٌ، فإن الملك في الهبة لا يقف علىٰ القبض بعينه بل يحصُلُ بالإتلاف حِسًّا وحُكمًا، وبيانُه أنه لو وهب عبدًا ثم قال للمُتَّهَبِ: أذنْتُ لك في قبض العبد، فمضىٰ إلىٰ العبد ورماه بسهمٍ؛ كان ذلك محصِّلًا للملك حتىٰ تجب مؤونةُ التجهيز عليه لا علىٰ الواهب، ولا يجِبُ عليه الضمانُ؛ بل يقالُ: أتلَفَ مِلْكَ نفسه، والإتلافُ جُعِلَ قبضًا، ولذلك جعل إتلافُ المشتري قبضًا في تقرير الثمن، ثم إعتاق المشتري كإتلافه؛ فإنه إتلافٌ حُكمي، فكذلك يقولُ المتَّهَبُ بعد

(١) كذا في الأصل: «لا»، والجادة: «فلا»، وقد تقدم التعليق علىٰ هذه المسألة.

أن أذن في القبض، لو قال: أعتقتُ؛ نفذَ عِتْقُه؛ كما لو أتلف حِسًّا إلحاقًا لإعتاقه بإتلافه كما في حق المشتري، وإذا ثبت هذا فلو وَكَّل غيرَه بإعتاقه كان كإعتاقه بنفسِه، ولو وكَّل الواهب كان كتوكيله غيرَه، وفي مسألتنا وَكَّلَ الواهب علىٰ التحقيق، فرجع الإدراج إلىٰ القول؛ فإن الإعتاق بإذن الواهب مملِّكٌ، وقد جرىٰ الإعتاق بالإذن فرجع الإدراج إلىٰ القول؛ وهذه المقدماتُ إن سُلِّمَتْ فلا غُموضَ فيما ادَّعَيْناه، وهي أربعةٌ؛ **إحداها**: أن إعتاق الواهب بإذن المتَّهَبِ كإعتاق وكيلٍ آخَرَ، فلا شك فيه، **والآخر**: أن إعتاق وكيل المتَّهَبِ كإعتاق المتهب، وهو أيضًا لا نزاعَ فيه، **والآخر**: أن إعتاق المتهب كإتلاف المتهب، وإتلافُ المتهب مملِّكٌ، فإعتاقه أيضًا مملِّكٌ، ولا ينازعون أيضًا في الإتلاف، وإن نازعوا فإتلاف المشتري واقعٌ، والفقه أن التسلط عليه بالإتلاف أعظمُ من التسلط بالنقل، وهذا أيضًا لا تنازُعَ فيه، إنما محزُّ النزاع قولُنا: إعتاقُ المتهب كإتلافه؛ فقد يقالُ: إذا أعتق المتهب قبل القبض لم ينفُذْ؛ لأنه لم يصادِفْ مِلْكَه؛ بخلاف إعتاق المشتري، فإنه صادف ملكه فنفذ، ثم إذا نفذ كان التلف حاصلًا من ضرورته، فكان متلفًا به لوجود شرط الإعتاق، وأما ها هنا الملكُ معدومٌ، والإعتاق تصرُّفٌ شرعي قابلٌ للردِّ؛ فلا ينفذ قبل حصول الملكِ.

فنقول: تسلطه عليه بالإعتاق يزيد علىٰ تسلُّطِه بالقبض، وإذا كان الملك يحصل باختياره فينفذ عتقُه، ولذلك قالوا: ينفذ إعتاق المشتري للعبد في مدة الخيار، وإن كان/ الملك للبائع فلمْ يُصادِفْ ملكه ولكن نفذ. [٢٩٥/أ]

❊ **فإن قيل**: لأن الملك يحصل بقوله: أجزتُ، فأُدرج قولُه: أجزْتُ،

تحت قوله: أعتقْتُ، وإدراج اللفظ غير مستنكر.

۞ **قلنا**: لو كان الخيار لهما نفَذ عتقُه، ولا يحصل إلا بإجازة البائع، وإدراجِ قَبْضِه تحت عتقه، وتحصيل ملكه باختيارِه أقرَبُ من إبطال حق غيره؛ بل زادوا عليه وقالوا: لو باع عبدًا بجاريةٍ وأعتقهما جميعًا، نفذ في زمان الخيار فيهما جميعًا، وهذا لا يتوصل إليه لا بالفسخ ولا بالإجازة، بل يتوصل إليه بهما جميعًا وهما متضادَّانِ، فإذا حصل لأجل العتق ما هو مستحيلٌ في ذاته متضادٌّ، فَلِمَ لا يحصُلُ حكم القبض الممكن؟ كيف وللعتق من القوة ما يحصِّلُ الملك في النصف الآخر من العبد المشترك دون رضًا مِن مالكِه؟ فلا يلتفت إلىٰ رِضاه وقولِه أصْلًا؛ شَغَفًا بالعتق، فكيف يمنع العتق ها هنا؟!

❊ **فإن قيل**: فإذا وهب الأب من ابنه وسلَّم ثم أعتق ينبغي أن يعتقَ فيكون رجوعًا. قلنا: وهذا يُقلب عليكم؛ فإنكم تدرجون القول تحت القول، وقولُه: رجعتُ؛ قولٌ، فهلَّا أدرجتموه! وأما نحن فلم نلتزم بالتعليل إلا تنزيلَ الإعتاق منزلةَ الإتلاف، ولو تلف لم يكن رجوعًا، فكذلك إذا أعتق؛ هذا أحد الطريقين وهو واقع.

الثاني: هو أن القبض قد يُدرجُ، والدليل عليه أنه لو قال: أعتِقْ عبدك عنِّي بألفٍ ورِطْلِ خمرٍ، فقال: أعتقتُ، فقالوا: نفَذَ، والعقد الفاسد لا يفيد الملك إلا بالقبض كالهبة، ولو قال: أطعِمْ عنِّي ستينَ مسكينًا، ففعل؛ وقع عنه وحصل الملك له ضمنًا سواءٌ ذَكَر عِوَضًا أو لم يذكُرْ، ومسألة الشِّراء الفاسدِ لا جواب لهم عنه، ولكنهم ربما يَعزُون إلىٰ الكرخِيِّ؛ طعنًا في هذا

المذهب، وليس ذلك منقولًا عن أبي حنيفة، ومذهبُهم ما حكيناه[1]، وأما إطعام المساكين فقد يقولون: إن المسكينَ وكيلٌ في القبض، فقبضُه أغْنىٰ عن قبضِه.

❁ **قلنا:** فقد أدرجْتُم تحتَ قوله: أطعِمْ عنِّي، سبعةَ أمورٍ؛ **أحدها:** عِلْمُ الموكِّلِ بالوكيلِ؛ فإنَّ توكيلَ مَن لا يعرفه الموكِّلُ أصلًا باطلٌ؛ إذ لو قال: وكَّلْتُ زيدًا، وهو لا يَدْري مَن زيدٌ، أو: وكَّلْتُ إنسانًا؛ بطَلَتِ الوكالةُ.

الثاني: أن تعيُّنَ الوكيل في نفسه بعد معرفة الموكل شَرْطٌ، حتىٰ لو أشار إلىٰ شخصَينِ وقال: وكَّلْتُ أحدهما أَيَّ واحِدٍ كان، بَطَلَ بهذا الإبهام، وها هنا وكَّل ستينَ مسكينًا لا يعرِفُهم وهم مبهمون، فإنه دخل تحتَه أيُّ ستينَ كان، وأيُّ مسكينٍ كان؛ علىٰ الإبهام.

الثالث: أن معرفة الوكيل بكونه وكيلًا شَرْطٌ؛ إن لم يشترط قبولُه، فلو وكَّلَ غائبًا واتُّفق أن ذلك الغائب تصرَّفَ عن وِفاقٍ لا عن معرفة الوكالة لم ينفُذْ تصرفُه، والمسكينُ ها هنا لا يعرف أنه وكيلٌ أصلًا.

---

(١) وأصل الحنفية في ذلك كما ذكره السرخسي، قال: «إن النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة عندنا، فإن ذلك موجب النسخ والنهي عن النسخ، وعندنا يخرجها من أن تكون مشروعة بمقتضىٰ النهي؛ فإن صفة القبح من ضرورة النهي كما أن صفة الجنس من ضرورة الأمر، والمشروع ما يكون مرضيًّا، والقبيح ما لا يكون مرضيًّا، فينعدم أصل العقد لضرورة النهي ومقتضاه، ولكنا نقول: موجب النهي الانتهاء علىٰ وجه يكون المنتهي مختارًا فيه كما أن موجب الأمر الائتمار علىٰ وجه يكون المؤتمر مختارًا فيه، فإن استحقاق الثواب والعقاب ينبني علىٰ ذلك ألا يكون إلا بعد تقرر المشروع مشروعًا باعتبار هذا الأصل، ثم يخرج المقتضىٰ عليه بحسب الإمكان أولىٰ من إعلام المقضي بالمقتضىٰ». ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٣/٢٣.

الرابع: أنه وإن عرَف أنه وكيلٌ علىٰ الجملة، فلا يعرِفُ عينَ موكِّلِه، فمعرفة الوكيل بالوكالة وتعيُّن الموكل في حقه شرطٌ.

الخامس: أن قَصْرَه جهةَ الوكالة عند استيفاء الحق شَرْطٌ؛ فإنَّ قبضه مردَّدٌ بين جهاتٍ.

٢٩٥/ب **السادس**: أن قبضه إن كان لجهة/ الوكالة فقبْضُه لنفسه شرطٌ فِعْلًا، فإن كان القبض للموكل فإنَّ قَبْضَ المسكينِ وإن كان للمسكين؛ فأين قبض الموكل؟ **السابع**: أنه إن قبض لنفسه فيفتَقِرُ إلىٰ مُقْبِضٍ آخر سواه؛ فإنه يستحيل أن يكون قابضًا ومُقْبِضًا؛ كما يستحيل أن يكون الإنسان مُعْطيًا نفسَه؛ لأنه من الأفعال المتعدِّيَة، فلا بُدَّ له من فاعل ومفعولٍ، فكيف اتَّحَد القابضُ والمُقْبِضُ، فإذا جاز إدراجُ هذه الأمور السبعة ـ ومِن جملتها: قبضُ المسكين لنفسه، أو قبْضُه لموكلِه ـ جاز إدراجُ قَبْضٍ واحدٍ في مسألتنا، والله أعلم[1].

---

(١) وإتمامًا للفائدة، لو قال لغيره: أعتق عن كفارة عليَّ عبدًا من عبيدك، فأعتق عنه أبا الطالبِ للعتقِ الذي عليه الكفارة، فإن العتق يصح، وهذا ليس من باب هذه المسألة؛ وذلك لأن هناك فرقًا بين قاعدة ملك القريب ملكًا محققًا يقتضي العتق علىٰ المالك وبين قاعدة ملك القريب ملكًا مقدرًا لا يقتضي العتق علىٰ المالك. وذلك أن الملك المحقق هو أن يحقق تنافيه بإجلال الآباء واحترام الأبناء فيعتق الأبناء والآباء به وغيرهم فيه الخلاف؛ فمن اشترىٰ أباه أو وهب له فقبله ونحو ذلك فقد ملكه ملكًا محققًا فيعتق عليه.
وأما إن قال لغيره: أعتق عن كفارة علي عبدًا من عبيدك، فأعتق عنه أبا الطالب للعتق الذي عليه الكفارة فإن القاعدة أن العتق يصح وتبرأ ذمته من العتق ويكون الولاء للمعتق عنه، فلأجل براءة الذمة وثبوت الولاء يتعين تقدير الملك للمعتق عنه قبل صدور العتق في الزمن الفرد حتىٰ يكون العتق في ملك له، فتبرأ ذمته من الكفارة ويصير الولاء له بمقتضى=

❁ **مَسْأَلَة: إذا أطعم مِسكينًا واحدًا ستينَ مُدًّا لم تبْرَأْ ذِمَّتُه عن الكفارة، بل لا بُدَّ من إطعام ستينَ مسكينا[1]؛ خلافًا لأبي حنيفة[2]، والمعتمدُ قولُه:** ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[3]، فمن أطعم مسكينًا واحدًا ليس ممتثلًا من حيث الظاهرُ لهذا الأمر.

❁ **فإن قيل:** معناه: فإطعامُ طعامِ ستينَ مسكينًا.

❁ **قلنا:** هذا تحكُّمٌ؛ لأن الإطعامَ يتعدَّىٰ إلىٰ مفعولين يستقلُّ بكل واحدٍ منهما؛ أحدهما الطعامُ، والآخَرُ المطعَمُ كالإعطاء وببابه إذ يقولُ: أعطيتُ زيدًا وأعطيت دِرْهمًا، فيقتصر علىٰ أحد المفعولين بخلاف قوله: ظننتُ زيدًا عالمًا، وخِلْتُ زيدًا جوادًا، وببابه؛ فإنه لا يقتصر فيه علىٰ أحد

= العتق في ملكه، فهذا ملك مقدر من قبل صاحب الشرع لضرورة ثبوت الأحكام لا أنه ملك محقق، فلا يلزم من هذا الملك المقدر أن يكون مملوكًا له علىٰ الحقيقة، فإن الواقع أنه لم يملكه، وإنما الشرع أعطىٰ هذا الملك المعدوم حكم الموجود والواقع المحقق عدم الملك، فلا جرم لا يلزم بهذا الملك المقدر عتق بل يقع عتق والده عن كفارته وتجزئ عنه، ولو قلنا: إنه عتق عليه بالملك لم يجزئ عن الكفارة؛ لأن المستحق عتقه بسبب غير العتاق عن الكفارة لا يجزئ عتقه عن الكفارة، وهذا هو تحقيق الفرق بين القاعدتين. ينظر: الفروق، للقرافي، ٢/٢٦.

(١) ينظر: مختصر المزني، ٨/٣٩٩، والحاوي الكبير، ١٥/٣٠٥، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٠/٣٩١، وجواهر العقود، ٢/٢٦٤، وتكملة المجموع، للمطيعي، ١٧/٣٧٧، وهو قول المالكية والحنابلة. ينظر: بداية المجتهد، ٢/١٨١، وموهب الجليل شرح مختصر خليل، ٢/٤٣٤، والهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٧٥، والمغني، ٨/٣٠.

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء، ٢/٣٤١، وبدائع الصنائع، ٥/١٠٤، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢/٢٦٩، والاختيار لتعليل المختار، ٣/١٦٦، والعناية شرح الهداية، ٤/٢٧١.

(٣) سورة المجادلة، جزء من الآية (٤).

المفعولين، والربُّ سبحانه ذكَر أحدَ المفعولين، وهو المطعَمُ، وترك المفعولَ الثانيَ، وهو الطعامُ، فإلغاءُ المفعول المصرَّح وإدراجُ المحذوف مُراغمةٌ للنصِّ[1].

❊ **فإن قيل**: سلَّمْنا أنه ليس ممتثلًا من حيث الظاهرُ، وأنَّ الواجب عليه إطعامُ ستين، ولكن إطعام مسكين واحد في ستين يومًا كإطعام ستين مسكينًا من حيث المعنىٰ؛ إذ فُهِمَ أن المقصود سدُّ الجَوْعاتِ، والدليل عليه أنه لو أخذ مدًّا واحدًا وملَّكَه مسكينًا واسترده بهِبَةٍ أو شراء، وأداره علىٰ ستين مسكينًا اكتُفي به؛ لأن المدَّ لا يراد لعينه بل يراد لرفع الجَوْعةِ، فإذا تعدد المرفوع لم ينظر إلىٰ ما به الرفعُ، فكذلك لا ننظُرُ إلىٰ من عنه الرفع بل ننظر إلىٰ عدد الجَوْعاتِ، ثم الجوعاتُ لا تنضبِطُ؛ فإنها أحوال مضطربةٌ، فضُبِطَ بالأيام، ولذلك لو صُرِفَ في يوم واحد إليه لم يجُزْ.

والجواب: أنَّ قولكم: المقصود سَدُّ الجوعة؛ إن عنيتم به أنه مقصود؛ فمُسَلَّمٌ، وإن عنيتم به أنه كل المقصود فهو تحكُّمٌ، فلم قلتم: بل المقصود سَدُّ جوعاتِ أشخاص معدودين، وقولُكم: إن الشخص الواحدَ في معنىٰ الأشخاص؟ فهيهات إذ لا يبعُدُ أن يقصد الشرع استيعابَ جَمٍّ غفيرٍ، فليس إحياءُ المُهَجِ كإحياء مُهْجةٍ واحدةٍ، ولا استجلابُ دعوةِ جماعة كثيرة يغلِبُ علىٰ الظن اشتمالُهم علىٰ ذي دعوة مستجابةٍ كاستجلاب دعوة واحدةٍ، ودعوات المساكين والراحة التي تصل إلىٰ قلوبهم هي المكفِّرةُ للجريمة، ومتىٰ يكون إراحةُ ستينَ مسلمًا كإراحةِ مسلم واحدٍ، وقد ورد الشرع بالتبرُّكِ

---

(١) كتب قبالة هذا الموضع في حاشية الأصل: «بلغ العرض وصح بإذن الله، ولله الحمد».

بالجمع الكثير؛ حتىٰ إن صلاةَ الجماعة يزيدُ فَضْلُها بزيادة الحاضرينَ، وإنَّ الجماعة في الجمع الأكثرِ أفضلُ، فنحن جميعنا نبين هذا المقصود الظاهر الذي يشهد له العُرْفُ والعادةُ/ والشرعُ، وبين سدِّ الجوعات وبين الظاهر [٢٩٦/أ] فهو أولىٰ من تعطيل الظاهر والمعنىٰ الذي ذكرناه وتجديد أحد المعاني، ثم ما ذكروه منقوض بصرْفِه إليه في يوم واحد.

وقولُه: إنَّ الجوع لا ينضبطُ، فضُبِطَ بعدد الأيام[1].

۞ قلنا: ليس الضبْطُ إلينا في مَظانِّ الخَبْطِ بل هو إلىٰ الشرع، وقد ضبطه بعدد الأشخاص، فالضبط في مظانِّ الاضطراب وضْعٌ للشرع يليق بالشارع، فَلِمَ يُبْطَلُ ضبطُه، ويُسْتَحْدَثُ ضبطٌ آخرُ، وأما المُدُّ الواحدُ فلم يَرِدْ لفظٌ يدلُّ علىٰ ستين مدًّا، وإنما الواردُ قولُه: ﴿فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ﴾،

(١) لا خلاف في اعتبار كل هذه المعاني التي ذكرها المصنف ﷺ، ولكن هذا محله الحكم الكراهة لا عدم الجواز، أو الحكم بترك الأولىٰ، والمراد أن هذه المعاني التي ذكرها المصنف من الممكن أن تقتضي أن إطعام مسكين واحد خلاف الأولىٰ، أو أن صرف الكفارة لستين مسكينًا مستحب بخلاف صرفها لمسكين واحد، لا أن يقال: إن صرفها لمسكين واحد غير جائز؛ لأنه بتكرر الحاجة يتكرر المسكين حكمًا، فكان تعددًا حكمًا، وتمامه موقوف علىٰ أن ستين مسكينًا مراد به الأعم من الستين حقيقة أو حكمًا، ولا يخفىٰ أنه مجاز فلا مصير إليه إلا بموجب.

قال ابن الهمام: «فإن قلت: المعنىٰ الذي باعتباره يصير اللفظ مجازًا ويندرج فيه التعدد الحكمي ما هو؟ قلت: هو الحاجة بكون ستين مسكينًا مجازًا عن ستين حاجة، وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحدٍ، إذا تحقق تكررها، إلا أن الظاهر إنما هو عدد ومعدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب علىٰ المحبة والدعاء». ينظر: فتح القدير، ٤/٢٧١.

وهو مطعِمٌ ممتثِلٌ، ثم عُلِمَ قَطْعًا أنَّ التمليكَ إذا كان هو المقصودَ، فمهما تعدَّدَ الملك بالمدِّ الواحد، فهو في معنىٰ أعدادٍ قطعًا لا يُتخيَّلُ بينهما فُرقانٌ، وقد بيَّنا أن بين الجمِّ الغفير وبين الفَذِّ الواحد فَرْقٌ في العُرف والشرع، وأن المريض إذا طلب الشفاء بالصدقة، ففرَّق ألف درهم علىٰ ألف مسكين حتىٰ اجتذب به همَّهم وقلوبهم لم يكُنْ سكونُ نفسِه إلىٰ حصول الشفاء بأدعيتِهم وهمِّهم كحصوله بالصرف إلىٰ مسكين واحد.

❊ **فإن قيل:** قد قال ﷺ: «**فَلْيَسْتَنْجِ بِثَلَاثَةِ أَحْجَارٍ**»[١]، وأقمتم المدد[٢] مقامَه وحجرةً واحدةً لها ثلاثة أحرف مقامَه.

❁ **قلنا:** لأنه رُوِيَ: «**ثلاثِ مَسَحَاتٍ**»[٣] أيضًا، ولأنه عُلم قطعًا أن ما عداه مساوٍ له في المقصود، ولم يظهر بينهما فرْقٌ، وها هنا ظهر، والله أعلم.



⚜ مَسْأَلَة: لا يجزئ في الإطعام تَغْدِيةُ المساكين وتعشيتُهم بتقديم الطعام إليهم حتىٰ يأكلون[٤]؛ بل لا بُدَّ مِن ....

(١) لم أجده بهذا اللفظ، وأخرج البخاري (١٥٦) في كتاب الوضوء، باب: لا يستنجي بروث من حديث عبد الرحمن بن الأسود، عن أبيه، أنه سمع عبد الله يقول: «أتي النبي ﷺ الغائط فأمرني أن آتيه بثلاثة أحجار....».

(٢) كذا في الأصل، ولعله - ﷺ - يقصد بالمدد: الأمداد التي هي جمع مد، وهو الذي لا يجوز في السياق غيره.

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٧٤/٤) من حديث السائب، أن النبي ﷺ قال: «**إذا دخل أحدكم الخلاء فليتمسح بثلاثة أحجار**».

(٤) كذا في الأصل، والجادة: «يدخلوا»؛ لأن الفعل منصوب بعد «حتىٰ» الجارة بإضمار=

التمليك[1]؛ خلافًا لأبي حنيفة[2]، **والمعتمدُ** أن هذه قُرْبةٌ مقصودُها إخراجُ المال إلىٰ المساكين، فيتعيَّنُ فيها التمليك كالكُسوةِ.

❊ **فإن قيل**: ولم قلتم ذلك؟

❁ **قلنا**: إلحاقُ خَصلة بخصلةٍ من خصال الكفَّارةِ تشبيهٌ في نهاية التقريب، ووجهُ التحقيق أن إعارةَ الثياب تُحصِّلُ مقصودَ الكسوة كتقديم الطعام، وكذلك إذا وجبَتْ زكاة التجارة في طعامٍ فقدم الطعام إلىٰ المسكين فلم يُكْتَفَ به وفاقًا، وإن كان التقديم في معنىٰ التمليك بالإضافة إلىٰ جانب المؤدِّي؛ فإنه قد حصل نقصانُ الملك ولكن لم يكتفِ الشرع به، ففُهم أن المقصود الحصول للآخِذ لا الفواتُ علىٰ المؤدِّي في الكفارات والزكوات جميعًا، وأنَّ الفوات مراد للحصول لا لنفسه، وأن الحصول للمسكين مرادٌ لنفسه لا للفوات، ثم التقديم أيضًا فيه تحصيلٌ للمسكين، ولكنه تحصيلٌ

= «أن»، وعلامة نصبه حذفُ النون. لكنَّه جاء هنا بثبوت النون علىٰ لغة من يهمل «أن» حملًا علىٰ «ما» أختها. وانظر: شواهد التوضيح، ص ٢٣٤ - ٢٣٧.

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٥٢٣/١٠، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٥٧٣/١٤، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٣٠٧/٨، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٤٣٠/٣، وهو مذهب المالكية، وهو رواية عن أحمد والمعتمد من مذهبه. ينظر: التاج والإكليل، ٤٥٠/٥، وشرح مختصر خليل، للخرشي، ٢٥٤/٢، والفواكه الدواني، ٣١٤/١، والهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٧٤، والمغني، ١٤٢/٣، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٤٠/٨.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٥/٧، وبدائع الصنائع، ١٠١/٥، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٦٩/٢، والاختيار لتعليل المختار، ٤٨/٤، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١١/٣، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١١٦/٤، وهو رواية عن الإمام أحمد. ينظر: الهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٧٤.

ناقصٌ، فلم يكتف الشرعُ به؛ لأنه ناقصٌ، وتحصيله علىٰ وجه الكمال من غير أن يَزيد علىٰ المالك ضررٌ ونقصانٌ ممكنٌ، فتعيَّن التمليك لذلك؛ فإنه تسليط يُضاهي تسليطَ المالك، وهو أن يفعلَ فيه ما يشاء مِن أكْلٍ أو هبةٍ أو بيعٍ أو صرفٍ إلىٰ أي غرض يشاء، فهذا تفاوت ظاهر في جانب المسكين، ولا تفاوت في جانب المؤدِّي؛ إذ الفواتُ حاصلٌ في حقِّه في الموضعين، فلم يجز تفويت كمالِ التسلط علىٰ المسكين من غير فائدة للمالك، وهذا المعنىٰ محقق في الإطعام كما في الكسوة وسائر الزكوات.

[٢٩٦/ب] ❊ **فإن قيل**: هذا قياس في زيادة/ الواجب في قدره، وأقْدارُ الواجبات تُتلقَّىٰ توقيفًا لا قياسًا، فإيجاب الشرع التملكَ في موضع لا يدل علىٰ إيجابه، وذلك في موضعه كإيجابه إطعامَ ستينَ في موضِعٍ لم يدُلَّ علىٰ إيجابه ستين في اليمن، وكذلك القياس غير جارٍ في الزكوات في المقادير، وما من زيادة إلا وفيه كمال بالإضافة إلىٰ ما دونه، ثم لا يعلل بالكمال فكذلك في التمليك.

❁ **قلنا**: لو أطلق في موضع وقدَّرَ في موضعٍ، فنحن قد نَقيس المطلق علىٰ المقيد، أما إذا قدَّر في الموضعين فالتقدير بالعشرة في اليمين صريحٌ في أن ما وراءه غيرُ واجبٍ، فإذا عرف بالنص نفيُ الزيادة لم يجزْ إثباتها بالقياس، وها هنا لم يُعرفْ بالنص نفيُ التمليك في الإطعام كما لم يعرف في الكسوة فلا سواء.

الجواب الثاني: أن مثل هذه العلة لا تظهر في المقدار وهو التعليل بأنه تحصيلُ كمالٍ للمسكين من غير زيادةِ ضَرَرٍ في حق المؤدِّي؛ إذ زيادة

القدر زيادة تفويت على المالك يتضرَّرُ به، وأما ها هنا هذه زيادة للمسكين من غير نقصان في حق المالك؛ بل غرض المالك في التقديم والتمليك بعد نزوله عن الملك فيهما على وتيرة واحدة، وكمال التسلُّطِ للمسكين يحصُلُ بالتمليك، فظهر التعليل به بخلاف القدر.

※ **فإن قيل:** لا مجال للقياس في طريق الخروج عن الواجب كما لا مجال له في قدر الواجب وأصله بل يُتلقَّىٰ من النص، وقد قال تعالىٰ: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾، والتقديم إطعامٌ، فهو امتثالٌ، فمن شرط التمليك فقد زاد وعلَّق الإجزاء بالتمليك وقطعه عن الإطعام، وأما الزكاة وَجَبَ بلفظ الإيتاء؛ قال تعالىٰ: ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾، والإيتاء للتمليك، وأما الكسوة فقد قال تعالىٰ: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾، وعين الكسوة لا يتأدىٰ الواجب بها إلا بإضمار فعل التمليك أو الإعارة، ولو أضمِرَتِ الإباحة لم يحصُلْ لهم عين الكسوة بل حصلت المنفعةُ، وقد أوجب عين الكسوة ولا يحصل للمسكين عينُ الثَّوْبِ إلا بالتمليك، وأما الطعام أوجَبَ بلفظ الإطعام، وعينُه يحصُلُ له بالتناول، فالانتفاعُ بالطعام في استهلاك عينه، وفي الثوب في استيفاء منفعته، فالمتبع في قدر الواجب وطريقه الأمر، فكل ما طابق ظاهِرَ الأمر فهو امتثالٌ، فيكون مجزئًا عن الأمر، ولا يلزم علىٰ هذا حكمنا بأنَّ التمليك يكفي في الإطعام؛ لأنه ثبت بالإلحاق بالنص، فإنه إذا أجزأ الإطعام فالتمليك أولىٰ؛ لأن الإطعام تحصيل لعين الطعام في معدته، والتمليك تحصيلٌ لعينه في ملكه فهو أبلغُ؛ لأن التسلُّطَ فيه أَتَمُّ، وهذا كما قلتم: الإبل يقومُ مُقامَ الشاة في خمسٍ من الإبل بطريق الأولىٰ.

وقلنا: القيمةُ تقوم مُقامَ الشاة؛ لأنه يسد مسَدَّ المنصوص لا لأنه تناوله النصُّ فكذلك هذا.

والجواب: أن الإطعام قد يُطلَقُ ويراد به التقديمُ وهو التمكينُ من الطُّعْمِ، وقد يطلق ويرادُ به التمليكُ؛ كما نقل أنه ﷺ أطعم الجدَّةَ السدُسَ[1]، ويقول لإنسانٍ: أطعمتك هذه الأرضَ، فيقولُ: قبلتُ، يكون تمليكًا عندهم، وقال ﷺ في زكاة الفِطْرِ: «**طُعْمَةٌ/ لِلْمَسَاكِينِ وَطُهْرَةٌ لِلصَّائِمِينَ**»[2]، فاحتمل أن يكون المراد مجازَه، وتنزيلُه علىٰ المجاز أغلب علىٰ الظنِّ؛ لأنه يوافق عاداتِ الشرعِ كُلِّها في كل ما أوجبه للمساكين، فإنه أوجب التمليكَ، وهذه اللفظة صالحة للتمليك، فالمفهوم منه ما هو عادته فلم نرتكِبْ في هذا إلا تنزيلَ اللفظ علىٰ المجازِ، والمجازُ القريب المستعمل أسبقُ إلىٰ الأفهام، وأغلب في الاستعمال من الحقيقة.

٢٩٧/أ

هذا لو لم يترجحْ جانب المجاز بعادة الشرع، فإذا ترجح فالأشبه أن تكون الأحكام في واجبات الشرع متسقةً غير متنافرةٍ، بل الافتراق في الحكم

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣١٢٧٤) كتاب الفرائض، باب: في الجدة ما لها من ميراث، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (٣٧١/٦) كتاب الفرائض، باب: لا ترث مع الأم جدة.

(٢) أخرجه ابن ماجه في السنن (١٨٢٧) كتاب الزكاة، باب: صدقة الفطر، وأبو داود في السنن (١٦٠٩) كتاب الزكاة، باب: زكاة الفطر، والدارقطني في السنن (٢٠٦٧) كتاب زكاة الفطر، والحاكم في المستدرك (١٤٨٨)، والبيهقي في السنن الصغرىٰ (١٢٤٠) كتاب الزكاة، باب: زكاة الفطر، ولفظه عندهم: «زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين...» وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط البخاري، ولم يخرجاه» وصححه ابن الملقن. ينظر: البدر المنير، ٦١٨/٥.

من غير تفاوت في المعنىٰ بعيدٌ، واستعمالُ الإطعام لإرادة التمليك غيرُ بعيد في الشرع واللغة وعادةِ الاستعمال، واعتَضد هذا بأمورٍ؛ **أحدها**: أنه لو لم يكُنِ التمليكُ مرادًا لكان لا يجزئ التمليك؛ فإنه لو ملَّك فرسًا مثلًا فتلِفَ في الحال في يد المسكين أجزأه؛ إذ البَدلُ عندهم جارٍ في الكفَّارة والزكاة، ولو قدم إليه فتلف في الحال لم يجِزْه؛ لأنه لم تحصل له منفعةٌ، وحصول الملك دون الأكل والانتفاع أيضًا لا غَرَضَ فيه؛ فلا يراد لعينِه، فدل أن المراد هو التمليكُ.

والآخر: أنه لا يجب مؤونة الخبز والطحن، ولو قُصد التمكين من الطُّعْم لم يكن تسليم الحَبِّ تمكينًا من طُعم الكلِّ، ولا في معناه؛ كما في حق القريب، أما العُذْرُ في الكسوة باطلٌ؛ فإنه قد يُعَبَّرُ به عن المصدرِ، يُقالُ: كساه كِسْوةً، وإن عُبِّر عن الثوب، فإذا سلَّم الثوبَ حتىٰ لبسه وانْمَحَقَتْ أجزاؤه، ولم يبْقَ إلا خِرَقٌ فرقَّعَ بتلك الخِرَق ثيابَه حتىٰ لم يبق إلا ما يصلُحُ للحُرَاقِ، فاتخذه حُرَاقًا، فقد استوفىٰ عينه بالطريق الذي يُعتاد في الثوب، فلِمَ لم يكْفِ ذلك؟ لم يكن إلا لما ذكرناه، وأما الإيتاء في الزكاة فليس نصًّا في التمليك بل من قدَّم الطعام إلىٰ قوم يقالُ: آتاهُمُ الطعامَ، فلم يكُنِ السبب إلا ما ذكرناه من طلب تمام السلطنة للمسكين؛ حيث لا يتفاوت غرض المؤدِّي.

وإن تعلقوا بنفقة الزوجة وأنه لا يشترط فيها التمليك، وأنه قد قال: ﴿مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ﴾[1] تشبيهًا للكفَّارة به، فلم نسلِّمْ؛ بل نَشترِطُ فيه التمليكَ، ثم ينقلِبُ عليهم الإشكالُ في الفرق في مؤونة الخَبْزِ والطَّحْن.

---

(١) سورة المائدة، جزء من الآية (٨٩).

مسائلُ اللِّعانِ



✽ **مَسْأَلَة: إذا قذَف الرجل زوجتَه المحصَنة حُدَّ؛ إلا أن يقيم أربعة شهودٍ أو يُلاعِنَ وهو أن يشهد** ﴿أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾[(1)][(2)]، وقال أبو حنيفة: لا يجب الحدُّ بقذف الأزواج، ولكن يجب اللِّعانُ عقوبةً علىٰ الأزواج بدلا عن الحدِّ الواجب في حق سائر الأجانب[(3)]، **والمعتمدُ** قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ﴾[(4)]، وهذا قذَف محصنةً، فدخل تحت العموم.

✽ **فإن قيل:** هذه الآية وردت في الأجانب، وأما الزوج فمنصوصٌ عليه علىٰ الخصوص، فكيف يؤخَذُ من العموم؛ إذ قال: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ

---

(١) سورة النور، جزء من الآية (٧).

(٢) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥/٦، والوسيط، ٨٢/٦، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٤٠٥/١٠، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٣٣٢/٨، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: المقدمات الممهدات، ٦٢٩/١، وبداية المجتهد، ١٣٧/٣، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢٣٦/٩، وكشاف القناع، ٣٩٠/٥

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٣٩/٧، وبدائع الصنائع، ٢٣٨/٣، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٧٠/٢، والاختيار لتعليل المختار، ١٦٧/٣، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٢٢/٤.

(٤) سورة النور، جزء من الآية (٤).

﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ﴾/[1] ، فتحوَّل [279/أ] الحكم في حق الأزواج إلىٰ شهادات مؤكَّدة باللعنة.

❁ قلنا: هذه الآية تغيِّرُ حكم الآية الأولىٰ في الحدِّ، وفي جواز إقامة أربعة شهود لإثبات الزنا، ودفع الحدِّ، ولكن غُيِّر حكمها في طريق الشهادة عند العجز، فأثبت للزوج عند العجز عن أربعة شهود أن يشهَدَ أربع شهادات بالله، فيقوم في حقِّه مقام الشهادة في حق الأجنبيِّ، وكانَ فائدة الشهادة في حق الأجنبي دَفْعَ الحد، ففائدة البدل في حق الزوج أيضًا دفعُ الحدِّ؛ بل هذا موجب هذه الآية، ولو تعلَّقْنا بها كان كافيًا؛ فإنا نقولُ: اللعان جُعِلَ بدلًا عن الشهادة، فليُفِدْ فائدة المبدل، وهو دَفْعُ حدٍّ بعَرَضِ للثبوت لولاه، فأما إخراج القذف عن كونه موجِبًا للحدِّ فليس في هذه الآية أصلًا، والدليل القاطع علىٰ بقاء الزوج تحت عموم الآية الأولىٰ في الحد أنه لو أكْذَبَ نفسه حُدَّ، وإنما حُدَّ بحكم الأولىٰ، فإذا حُدَّ عند الإكذاب مهما لم يلاعِنْ، فبأن يُحدَّ قبلَ الإكذاب إذا أبىٰ اللعان أَوْلىٰ؛ كما في حق الشهود الأربع الذي هو مبدلٌ، فإنه إذا لم يُقِمْهُ الأجنبيُّ حُدَّ سواءٌ أكْذَبَ أو لم يُكْذِبْ، فكذلك هذا[2].

---

(1) سورة النور، جزء من الآية (6).

(2) ولام المصنف ﷺ متجه، إلا أنه يرد عليه أن كلمات اللعان قذف أيضًا، فكيف يصح أن يكون القذف مسقطًا لموجب القذف؟! فعرفنا أنه هو الموجب لما فيه من التزام اللعن، وإن امتنع منه يحبس حتىٰ يلاعن؛ لأن من امتنع من إيفاء حق مستحق عليه لا تجري النيابة في إيفائه، وعلىٰ ذلك يبقىٰ قوله تعالىٰ ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ يقتضي أن يكون المذكور في الآية جميع موجب قذف الزوجة، وذلك ينفي أن يكون الحد موجب هذا القذف مع اللعان. ينظر: المبسوط، للسرخسي، 7/39.

❊ **فإن قيل:** حكم السبب ما يُذكر عَقيبَ السبب بفاء التعقيب، ولما قال تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ﴾، حُكْمُه الجلدَ المذكور بفاء التعقيب، وكذلك قال: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟...﴾[1]، ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟﴾[2] والمذكور ها هنا بفاء التعقيب هو الشهاداتُ المؤكَّدةُ باللعنة؛ إذ قال: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ﴾، فدل أن حكم قذف الزوج هذا.

❁ **قلنا:** يستحيل أن يكون حكمُ القذف هي الشهادةَ، بل تكون الشهادة التي جُعلت بدلًا قائمًا مقامَ المُبْدَلِ؛ فإنه ذكَر حُكمَ من لا شهادة له في الآية الأولىٰ، ثم أثبت للزوج شهادةً بدلًا عن الشهادة المعروفة، فلم يتغير إلا هذا القدر، والدليل عليه لزوم الحد حالةَ الإكذاب، ولا مأخَذَ له إلا الآيةُ الأولىٰ، وهذا الكلام مستقلٌّ بنفسه وهو قاطعٌ؛ علىٰ أنا ندلُّ علىٰ بطلان اعتقادهم في أن اللعان عقوبةٌ بأمور **أحُدها:** أن هلال بن أمية لما قذَف زوجتَه وهَمَّ رسولُ الله ﷺ بجلده قال: أرجو أن ينزل الله قرآنا يُبَرِّئُ ظَهْري. فنزلت آية اللعان، فاعتُقد ذلك كرامة في حقِّه ورخصةً؛ فكيف يُعتقدُ أنها عقوبةٌ؟

الثاني: أنه ﷺ قال: «قُمْ فَاحْلِفْ»[3]، فسماه يمينًا، وسماه الله

---

(١) سورة النور، جزء من الآية (٢).

(٢) سورة المائدة، جزء من الآية (٣٨).

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وأخرج البخاري (٥٣٠٦) في كتاب الطلاق، باب: باب القضاء عبد الله بن مسعود ﷺ: «أن رجلا من الأنصار قذف امرأته، فأحلفهما النبي ﷺ، ثم فرق بينهما».

شهادةً، وليس في واحد منهما عقوبةٌ.

الثالث: أن العقوبة مآلُها نِكايةٌ في النفس أو المال أو المروءة الشرعية، والمروءة الشرعية لا تُخرم باللِّعان، فإنَّها أيمان مُغَلَّظة لتحقيق الصدق كسائر الأيمان، ولذلك تُرَدُّ شهادةُ المحدود عندهم، ولا تُرَدُّ شهادةُ الملاعِنِ؛ فإنه لا يقدح في المروءة/ الشرعية. [٢٩٨/أ]

والرابع: أن اللعان يشترك فيه الرجلُ والمرأة، ولا عهد بحدٍّ يستوي فيه القاذِفُ والمقذوفُ.

والخامس: أن اللعان يتعدَّدُ بتعدُّدِ النِّسوة، وإنِ اتَّحد صيغة القذف بخلاف الحدِّ، ويُعاد إذا عُزل القاضي قبل الحكم ووَلِيَ قاضٍي آخَرُ عندهم.

❊ **فإن قيل**: اللعان يشتمل علىٰ اللعن، واللعنُ مُهْلِكٌ حكمًا، وقد جُعل اللعنُ محرِّمًا للنكاح تأكيدًا للحدِّ؛ كما أكد الحدَّ في حق الأجنبي بردِّ الشهادة.

۞ **قلنا**: اللعن مُهْلِكٌ في حق الكاذبِ، والزوجُ يزعُمُ أنه صادقٌ، ويحلف عليه ويقول: إن كذَبْتُ فاللعنةُ عليَّ ولستُ بكاذبٍ، فلا لَعْنَ عليَّ؛ فهذا معنىٰ قوله، والدليل عليه أنه وجب علىٰ المرأة أيضًا، وأحدُهما صادقٌ، فإيجابُ العقوبة عليهما وإهلاكُهما جميعًا كيف يُتَصَوَّرُ؟ وأما حرمة النكاح يثبت باللعان ثبوتُه بالرضاع والمصاهرة وسائر الأسباب؛ بدليل أنه مشترك بين الزوجين، وما يكون مشتركًا بين القاذف والمقذوف لا يصلُحُ لأن يكون حدًّا؛ لأن القاذف إذا حُدَّ فإنما يحَدُّ تكذيبًا له، وإذا ظهر كذِبُه

فكيف يحَدُّ الزاني؟ وإن حُدَّ الزاني لأنه ظهر زناه بالقذف، فكيف يُحَدُّ القاذِفُ؟ فهذا نوع تناقضٍ يفهمه العوامُّ، فكيف لم يفهموه؟ ومن أين تخيَّلوا ما أُثبت مشتركًا بين الزوجين كونَه عقوبةً؛ وليس في نصوص الشرع ما يدل عليه؟! بل إنما يدل على كونه يمينًا أو شهادةً، وأنه رخصة في حق الأزواج.

❊ **فإن قيل**: لو ثبت الحدُّ لما سقط باللِّعان؛ فإن اللعانَ مؤكِّدٌ للقذف.

❁ **قلنا**: هذا هو القياس الثابت في حق الأجانب، ولكِنَّ النصَّ في الأزواج غيَّر هذا القياسَ، وأنتم مضطرون إلىٰ مخالفة القياس أيضًا في جَعْلِ اللعان عقوبةً، وما اعتقدناه موافقٌ لظاهر الآية في جعله بدلًا عن الشهادة فقط، وموافقٌ للآية الأولىٰ في إبقاء القذف موجِبًا للحدِّ، وموافقًا لحقيقة اللعان؛ إذ ليس فيه نِكايةٌ في النفس والمال والجاه، وموافق للمصلحة؛ فإن الصبر علىٰ زنىٰ الأزواج عظيمٌ، وتكليف الإشهاد علىٰ الزنىٰ - والزنىٰ يجري خُفيةً - تكلُّفٌ محالٌ، وانضم إليه أن الزوج أولُ متعيِّرٍ بزنىٰ زوجتِه، فلا يبادر إلىٰ الكذِبِ، فإذا أكد اليمينَ عليه غَلَب علىٰ الظنِّ صِدْقُه، فكان ذلك تصرُّفًا قريبًا ملائمًا لتصرفات الشرع من جعل اليمينِ حجةً عند الحاجة، وجَعْلُه عقوبةً مما لا يَشْهَدُ له أصْلٌ أصلاً.



❊ **مَسْألة: إذا فرغ الزوج من اللعان وجَب عليها حدُّ الزنىٰ، فإن لاعنَتْ سقَط الحدُّ عنها**[1]، وقال أبو حنيفةَ: يجِبُ عليها اللعانُ عقوبةً، فإن

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ١١/٢٩، والمهذب، للشيرازي، ٣/٩٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥/٢٥، وهو قول المالكية. ينظر: الرسالة، للقيرواني، ص٩٧، والكافي في=

أبَتْ حُبِسَتْ إلىٰ أن تلاعِنَ(1)، والمعتمَدُ قولُه تعالىٰ: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ جعل لعان الزوج قائمًا مقام أربع شهود فقيامه مقامه اقتضىٰ نزوله منزلته في إيجاب العذاب ثم جُعِلَ لعانُها دارئًا للعذاب عنها.

❊ **فإن قيل:** العذابُ لفظٌ مجملٌ.

❁ **قلنا:** هو صريحٌ في/ التنزيل علىٰ عقوبةٍ ما، والخصم لا يعتقد [٢٩٨/ب] وجوبَ عقوبة سوىٰ اللعان ويستحيل أن يكون اللعان دارئًا نفسه فيكون متناقضًا، فلا بُدَّ من عذاب يقدَّر توجُّهه حتىٰ يُدرأَ باللعان، ثم لا عذاب إلا الحد، وهو في لسان الشرع عبارة عنه؛ بدليل ذكر العذاب في سائر الآيات(2).

= فقه أهل المدينة، ٢/٦١٣، وبداية المجتهد، ٣/١٣٨.

(1) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٧/٤٠، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/١٦، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ١/٣٩٧، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤/١٢٥، ومجمع الأنهر شرح ملتقىٰ الأبحر، ١/٤٥٧، وهو قول الحنابلة. ينظر: الهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٨٠، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٣/١٨٣.

(2) بنىٰ المصنف ﷺ جوابه علىٰ مقدمتين الأولىٰ: أن العذاب يأتي في التنزيل علىٰ عقوبة ما، وأنه لا عذاب إلا الحد، وأن هذه العقوبة هنا عند الحنفية هي اللعان.

أما المقدمة الأولىٰ: فيعترض عليها بأن العذاب ورد في التنزيل علىٰ عقوبات شتىٰ ذكر البعض أنه يأتي علىٰ عشرة أوجه:

أحدها: الحد في الزنىٰ. ومنه قوله تعالىٰ في سورة النساء: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾، وفي النور: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾، وفيها: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾.

والثاني: المسخ. ومنه قوله تعالىٰ في الأعراف: ﴿وَأَخَذْنَا ٱلَّذِينَ ظَلَمُوا۟ بِعَذَابٍۭ بَـِٔيسٍۭ﴾، أراد: مسخهم قرودًا وخنازير.

والثالث: هلاك المال. ومنه قوله تعالىٰ في نون والقلم: ﴿كَذَٰلِكَ ٱلْعَذَابُ﴾ [القلم: ٣٣]. =

❊ **فإن قيل**: هو الحبس.

۞ **قلنا**: الحبس ليس عقوبةً واجبة بالاتفاق، وإنما يجب إرهاقًا إلىٰ أداء واجب عند الامتناع عن اللعان، وليس في الآية تعرُّضٌ لامتناع امرأة عن اللعان، ووجوب حبس بسبب الإرهاق؛ ليفهم كونُ اللعان دافعًا للحبس.

❊ **فإن قيل**: معناه أن اللعان يدرأ عنها وجوب العذاب دفعًا لوجوبه بطريق التحوُّلِ إلىٰ اللعان لا بطريق الإسقاط بعد الوجوب؛ كما يقال لمن

= والرابع: الغرق. ومنه قوله تعالىٰ [في نوح]: ﴿إِنَّآ أَرْسَلْنَا نُوحًا إِلَىٰ قَوْمِهِۦٓ أَنْ أَنذِرْ قَوْمَكَ مِن قَبْلِ أَن يَأْتِيَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [نوح: ١].

والخامس: القذف والخسف. ومنه قوله تعالىٰ في الأنعام: ﴿قُلْ هُوَ ٱلْقَادِرُ عَلَىٰٓ أَن يَبْعَثَ عَلَيْكُمْ عَذَابًا مِّن فَوْقِكُمْ أَوْ مِن تَحْتِ أَرْجُلِكُمْ أَوْ يَلْبِسَكُمْ﴾ [الأنعام: ٦٥].

والسادس: الجوع. ومنه قوله تعالىٰ في «المؤمنين» ﴿حَتَّىٰٓ إِذَآ أَخَذْنَا مُتْرَفِيهِم بِٱلْعَذَابِ﴾ [المؤمنون: ٦٤]، وفيها: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا فَتَحْنَا عَلَيْهِم بَابًا ذَا عَذَابٍ شَدِيدٍ﴾ [المؤمنون: ٧٧]، وفي الدخان: ﴿رَّبَّنَا ٱكْشِفْ عَنَّا ٱلْعَذَابَ إِنَّا مُؤْمِنُونَ﴾ [الدخان: ١٢].

والسابع: القتل. ومنه قوله تعالىٰ في الحشر: ﴿وَلَوْلَآ أَن كَتَبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِمُ ٱلْجَلَآءَ لَعَذَّبَهُمْ فِى ٱلدُّنْيَا﴾ [الحشر: ٣]، وفي سجدة لقمان: ﴿وَلَنُذِيقَنَّهُم مِّنَ ٱلْعَذَابِ ٱلْأَدْنَىٰ﴾ [السجدة: ٢١]، وقيل: هو القتل ببدر.

والثامن: الضرب المؤلم. ومنه قوله تعالىٰ في يس: ﴿لَئِن لَّمْ تَنتَهُوا۟ لَنَرْجُمَنَّكُمْ وَلَيَمَسَّنَّكُم مِّنَّا عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [يس: ١٨].

والتاسع: نتف الريش. ومنه قوله تعالىٰ في النمل: ﴿لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا﴾ [النمل: ٢١].

والعاشر: تعب الخدمة. ومنه قوله تعالىٰ في سبأ: ﴿فَلَمَّا خَرَّ تَبَيَّنَتِ ٱلْجِنُّ أَن لَّوْ كَانُوا۟ يَعْلَمُونَ ٱلْغَيْبَ مَا لَبِثُوا۟ فِى ٱلْعَذَابِ ٱلْمُهِينِ﴾ [سبأ: ١٤].

أما المقدمة الثانية: فإن الحنفية وإن قالوا: إن اللعان عقوبة؛ لكن لا سبيل إلىٰ إلزامهم بكونها العقوبة المرادة هنا بقوله تعالىٰ: ﴿ٱلْعَذَابَ﴾، وقياس المصنف غير منتج بوجه من الوجوه. ينظر: نزهة العين النواظر، ص٤٤٩، والمبسوط، للسرخسي، ٣٩/٧.

دخل عليه وقت الصلاة وهو فاقد للماءِ ويدرأ عنه الوضوءَ أن يتيمَّمَ، وليس المرادُ به إلا التحويلَ بطريق التبديل، فكذلك المراد به التبديلُ ودفع الوجوب بالتحويل.

۞ **قلنا**: حاصل هذا راجع إلىٰ أنَّ اللِّعان بدلٌ عن الحد، وأنه عقوبة، والسؤال مبنيٌّ عليه، فمن أين فُهم ذلك؟ وقد ذكر درْءَ العذابِ بما سُمي شهادةً، والقاذف أبدًا يُدرأ عنه العذابُ بالشهادة لا بمعنىٰ أن الشهادة بدلٌ، فمن أين أن اللعان يصلحُ أن يكون عقوبةً؟ وقد أبطلناه، فما ذكروه إذًا تحكُّمٌ محْضٌ بحكاية مذهبهم. **ثم نقول**: كيف يصلح أن يكون اللعان عقوبة واللعان إن كان له نكايةٌ في جاه الرجل فإنه ينسُبُ زوجةَ نفسه إلىٰ الزنىٰ، فالمرأة تبرِّئ نفسها عن الزنىٰ، فكيف يتعيَّر به؟ ثم إنْ جُعل عقوبة للزوج تكذيبًا، فكيف تحد المرأة وقد حُدَّ قاذفُها، وحَدُّ القاذف تكذيبٌ له؟!

۞ **فإن قيل**: يبعد إيجابُ الحدِّ عليها بمجرَّد قولِه.

۞ **قلنا**: وقد أوجبتم اللعان، واللعان حدٌّ عندكم.

۞ **فإن قيل**: ولكنه أمر قريب بخلاف الجلد والرجْمِ.

۞ **قلنا**: وإذا أوجبنا حدًّا درأناه عنها بلعانها صار الأمر قريبًا ولم نكلِّفْها بالأخَرَةِ من اللعان الذي كلَّفوه، وعاد الوجوب إلىٰ لفظ يُتخلَّصُ منه باللعان.

ثم نقولُ: إيجاب العقوبة علىٰ الغير بقول الغير محالٌ من حيث القياسُ خَفَّتِ العقوبةُ أو غُلِّظَتْ؛ بل إنما يمكن أن يُتلقَّىٰ من النص، والنص دليلٌ علىٰ

وجوب الحد؛ فإن العذاب في لسان الشرع عبارةٌ عن الحد؛ إذ قال: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾، وقال الله: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا﴾ إلىٰ غير ذلك من الألفاظ[1].



مَسْأَلَة: الذميُّ والمحدود والعبد كلٌّ واحد منهم يلاعِنُ عن زوجته إذا قذف[2]، وقال أبو حنيفة: لا يصِحُّ لِعانُهم[1]. فتتعلق بعموم آية اللعان؛

(١) مع التسليم بأن المراد بالعذاب الحد، إلا أنه يبقىٰ للحنفية أصلان لا يسلمون بهما وجوب الحد علىٰ المرأة عند نكولها عن اللعان بعد لعان الزوج:
الأول: أن المخصوص بالذكر حكمه مقصور عليه ولا دلالة فيه علىٰ أن حكم ما عداه بخلافه، سواء كان ذا وصفين فخص أحدهما بالذكر أو كان ذا أوصاف كثيرة فخص بعضها بالذكر ثم علق به حكم، فليس في تخصيص بعض أوصاف الشيء بالذكر دلالة علىٰ أن ما عداه فحكمه بخلافه، ومنه قوله تعالىٰ ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾، ففيه النص علىٰ درء العذاب عنها إذا شهدت وليس فيه دلالة علىٰ أنها إذا لم تشهد لا يدرأ عنها العذاب.
الثاني: أن الحكم متىٰ تعلق بشرط بالنص فإن ذلك يوجب عند الشافعية انعدام الحكم عند انعدام الشرط؛ كما يوجب وجود الحكم عند وجود الشرط، أما الحنفية فعندهم لا يوجب النص ذلك بل يوجب ثبوت الحكم عند وجود الشرط، فأما انعدام الحكم عند عدم الشرط فهو باقٍ علىٰ ما كان قبل التعليق، وبيان هذا في قوله تعالىٰ: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ أنه لما تعلق بالنص درء العذاب عنها بشرط أن تأتي بكلمات اللعان كان ذلك تنصيصًا علىٰ إقامة الحد عليها إذا لم تأت بكلمات اللعان عند الشافعية، وعند الحنفية لا يوجب ذلك حتىٰ لا يقام عليها الحد وإن امتنعت من كلمات اللعان. ينظر: الفصول في الأصول، ٢٩٢/١، وأصول السرخسي، ٢٦٠/١.

(٢) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٧/١٥، والوسيط، ٨٨/٦، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٤٤٦/١٠، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ٦١٠/٢، والمقدمات الممهدات، ٦٣٣/١، وبداية المجتهد، ١٣٧/٣، ومختصر=

فقد أثبت الله تعالىٰ لكل من رمىٰ زوجته ولم يكن له شاهِدٌ إلا نفسَه رُتبةَ الشهادة بنفسه بدلًا عن الشهود الذين عجز عنهم، ولم يفرِّقْ بين زوجٍ وزوجٍ؛ هذا من حيث العموم ومن حيث المعنىٰ المفهومُ منه أنه خُفِّفَ العقوبةُ عنه/، [٢٩٩/أ] وأُبدِلَ باللعان لحاجة الزوجية أو صُدِّقَ يمينُه لحاجة الزوجية، فهذه الحاجاتُ يستوي فيها كلُّ مكلَّفٍ، فالتخصيص تركٌ للظاهر والمعنىٰ جميعًا.

❊ **فإن قيل**: نحن نستدِلُّ بالآية؛ فإنه قال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾، ولا يصح إطلاق ذلك إلا علىٰ مَن له أهليَّةُ الشهادة، وهؤلاء ليس لهم أهليةُ الشهادة، وحققوا هذا بأن اللعان شهادةٌ؛ بدليل تسميةِ اللهِ إياه شهادةً واستنابةً عن الشهادة، وأنه لو نكَلَ عن اليمين لم يعُدْ، ولو نكَل عن الشهادة عاد إليه، ولا يعارِضُ هذا تسميةُ رسول الله ﷺ إياه يمينًا، وثبوتُ صيغة اليمين فيه؛ فإنَّا لا ننكِرُ أن فيه يمينًا، ولكن نمنع هؤلاء لا من حيث إنه يمينٌ أو عقوبةٌ؛ بل من حيث إنه شهادةٌ، فاللعانُ من حيث إنه يقولُ: أشهَدُ شهادةٌ؛ كما سمَّاه اللهُ شهادةً حقيقةً، ومن حيث إنه يقولُ: باللهِ يَمينٌ وُجِّه علىٰ شاهدٍ من حيث إنه شاهدٌ مُتَّهمٌ؛ فإنه يشهَدُ لنفسه، ومن حيث إنه مؤكَّدٌ باللعن، وموصوفٌ بالتحريم للنكاح عقوبةٌ؛ فإن اللعْنَ مُهْلِكٌ حُكْمًا، والتحريم تفويتٌ، فهي شهادةٌ يمينٌ عقوبةٌ.

= الخرقي، ص١١٦، والداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٧٨، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢٤٢/٩.

(١) ينظر: تحفة الفقهاء، ٢١٩/٢، وبدائع الصنائع، ٢٤١/٣، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٧٠/٢، والاختيار لتعليل المختار، ١٦٨/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٤/٣، والعناية شرح الهداية، ٢٧٧/٤، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ٣٩٧/١.

والجوابُ: أن نقولَ: كما لا تُنكرون كونَه يمينًا لا ننكِرُ كونَه شهادةً أيضًا، ثم لم يمنعْكم من الاعتراف به العودُ إليه بعد النُّكول؛ مصيرًا إلىٰ أن حكمَ اليمينِ ليس بمُمَحَّضٍ، فكذلك نحن نعترف بأن فيه شهادةً وليس يلزمُ منه تحقيقُ أحكامِ الشهادات كلِّها؛ إذ انعقد الإجماع علىٰ أن هذه الشهادة علىٰ خلاف الشهادات في أصلها وصِفَتِها، أما الأصلُ فإنه يشهد لنفسه، وهذا هو الدعوىٰ تحقيقًا، وهو تصديقُ المرء نفسَه، وروحُ الشهادة أن يشهَدَ لغيره، وهو بريءٌ عن كل حظٍّ يتعلَّق بالمشهود، فأما إذا كان كلُّ المقصود يرجع إليه فكيف يتحقَّق معنىٰ الشهادة؟ وأما الصفة فبالإجماع لا تقبل شهادةُ الأعمىٰ والفاسقِ في المحسوسات بالبصر والعقوبات، ولِعانُهما صحيحٌ، فشهادةٌ تُرك فيها شرطُ العدد والعدالة وسلامة البصر والبعدِ عن الغرض، فأيُّ بُعدٍ في أن تُرِكَ فيها صفةُ الحرية والإسلام، وعدمُ الحد في القذف، وتحقيقه أن هذه الأمور تُركت للضرورة، فإن حاجة الزوج إلىٰ ذلك حاقَّةٌ، والصبر عليه مع ما فيه من تلطيخ الفراش وإلحاقِ الدَّعِيِّ بشجرة النسب عظيمٌ، والصبر علىٰ الحد عند ذكر الزنىٰ عظيمٌ، وهذه الحاجة يستوي فيها كل زوج تعرَّض لوجوب الحد بالقذف، فترك هذه الصفات التي اعتُبرت تعبُّدًا لا يُعقلُ معناه أهونُ مِن ترك صفات تُعُبِّدَ بها وهي معقولةُ المعنىٰ، وهي قادحة في مقصود الشهادة من الثقة، وهذا قاطع لا جوابَ عنه

أما قولهم: إن الشهادة لا يمكن إطلاقُها إلا في حق من له أهلية الشهادة؛ فنقول: أهلية الشهادة يوجد من إطلاق الشرعِ اسمَ الشهادة في حق شخصٍ، فلا يجب علىٰ الشرع أن يقدِّمَ بيان أهلية الشهادة حتىٰ ينُصَّ علىٰ شخصٍ ويثبت له شهادة، فإذا قال: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ

شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾/ فهذا إثبات لرتبة الشهادة لأنفسهم من حيث [٢٩٩/ب] إنهم أزواج قذفوا أزواجَهم؛ لا من حيث إنهم أحرار مسلمون موصوفون بالصفات، فنستدلُّ بالآية علىٰ إثبات أهلية الشهادة لهم كما استدللنا بها علىٰ إثبات أهلية الشهادة للأعمىٰ في المحسوسات، وللقاذف في غير الزنىٰ، وللفاسق وللشخص الواحد في حقِّ نفسه.

❊ **فإن قيل**: للأعمىٰ أهلية الشهادة علىٰ الجملة في المسموعات وللفاسق في غير المعقولات، وشهادة الواحد قد تُقبلُ، فللواحد أهليةُ الشهادة، وليس يستفيد الأهليةَ من مرافقةِ غيره له بل يأخذه من صفات ذاته، ومَن له أهلية لم يُختَلَفْ بأن يضاف إلىٰ نفسه أو إلىٰ غيره، فإطلاق اسم الشهادة علىٰ قولِ مَن له أهليةُ الشهادة علىٰ الجملة مُنقدحٌ، أما العبد والكافر ليس لهما الأهلية لصفة في ذاتهما، وكذلك المحدود عندنا، فكيف يستقيم إطلاق لفظ الشهادة؟

❁ **قلنا**: أهلية الشهادة للشخص تُتلقَّىٰ من قبول الشرع، ونَفْيُ الأهلية مِن النفْيِ؛ فإنما عُرِف نفيُ أهلية سائر الشهادات لنفي الشرع شهادتَهم، فتبين أهلية شهادة اللعان بإثبات الشرع، فإنه أثبت هذه الشهادة لكل زوج قذَف واحتاج إلىٰ أربعة شهود فلم يجد، فالآية مَسُوقة لإثبات الشهادة وفيها إثبات الأهلية؛ إذ ما ورد قطُّ لفظُ الشرع بأني جعلت الحرَّ أهلًا، فالأهلية عبارة الفقهاء، ولكنَّهم عبَّروا عمَّن قُبِلَ شهادته بأنه أهلٌ، وعمَّن رُدَّ شهادتُه لوصفٍ في نفسه بأنه ليس أهلًا، وإنْ رُدَّ لمعنًىٰ لا في نفسه بل في الواقعة كالمحسوس بالبصر في حق الأعمىٰ، والولد في حق الأب، فقد اختلف الفقهاء في اصطلاحهم؛ فمنهم من يقولُ: ليس أهلًا لهذا، أو هو أهلٌ لغيره، وهذا

اصطلاح من جعل الأهلية عبارةً عن القبول من غير نظر إلىٰ سبب القبول والردِّ، ومنهم من خصَّص لفظ الأهلية بصفات الشاهد، فكيف ما تردد الفقهاء في اصطلاحهم فلا حَجْرَ عليهم، فليس هذا من ألفاظ الشرع بل المأذون من الشرع إن إثبات الشهادة لشخص يدل علىٰ إثبات الأهلية له، فاعتبار المذكور من أوصافه دون ما لم يذكر، ولم يذكر ها هنا إلا الرمي والزوجية، والدليل عليه أن الكافر عندهم أهلٌ للشهادة علىٰ الجملة، فإن طرقوا الإضافة إلىٰ وصف المشهود عليه وقالوا: ليس له أهلية الشهادة علىٰ المسلم، والأهلية المضافة إلىٰ الكافر عُدم في حق المسلم.

قيل لهم: والأعمىٰ والفاسق والواحد ليس لهم أهلية الشهادة في الزنىٰ؛ بدليل أنهم لو شهدوا مع ثلاث لم تُقبلْ، فأهلية الأعمىٰ والفاسق للشهادة في المسموع وغير الزنىٰ عُدِمَ بالإضافة إلىٰ الزنىٰ، فلا فرق بين هذه الإضافة وبين إضافة الكافر في حقهم(١).

---

(١) يبدو ظاهرًا أن معتمد المصنف هو جعل الشهادة أمرًا عامًّا يختلف في محاله، فكل حالة لها أهلية معتبرة في الشهادة، والحقيقة أن كل ما ذكر ليس حاسمًا لمادة النزاع، لأن التمسك بكونها شهادة ـ ولكن لهذا صفات معينة ـ أمر مدخول بتمسك الحنفية أنفسهم بحمل اللفظ علىٰ ظاهره ومعناه الشرعي، والطريق الأمثل للحسم هنا هو الاعتماد علىٰ أن الشهادة في الآية ليس المراد منها المعنىٰ الشرعي بل المعنىٰ اللغوي، ويكون ذلك من باب تعارض الحقائق الشرعية واللغوية، وللخصم التمسك بأن الحقيقة الشرعية مقدمة علىٰ اللغوية والعرفية في النصوص الشرعية؛ إذ ورودها في النص قرينة علىٰ أن المراد الحقيقة الشرعية لا اللغوية، كلفظ الصلاة والصوم وسائر المصطلحات الشرعية.

والطريق إلىٰ تقديم الحقيقة اللغوية هنا هو أن يقال: إن الاستثناء في قوله تعالىٰ: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ استثناء منقطع، وأن المراد بالشهادة المشاهدة بالعين، يقول ابن رشد: «لأن الاستثناء منقطع، والمعنىٰ فيه: ولو لم يكن لهم شهداء غير قولهم الذي=

❊ فإن قيل: شهادة الرجل لنفسه وشهادة الأعمىٰ والفاسق رُدَّتْ للتهمة؛ فإن العَدْلَ/ أيضًا مُتَّهَمٌ في حق نفسه، فلا تزيد التهمة بالفسق، [٣٠٠/أ] والأعمىٰ أيضًا في المحسوس بالبصر لا تقع الثقة بعلمه، وإن كان يتصور أن يحصل بالسمع، وما يَرجِعُ إلىٰ التهمة سقطت عبرتُه؛ لأنه إنما حُلِّفَ

= ليس بشهادة، كما قالوا: الصبر حيلة من لا حيلة له، والجوع زاد من لا زاد له. فاللعان يمين وليس من الشهادة بسبيل، وإنما أخذ من باب المشاهدة بالعين والقلب، فسمي شهادة لهذه العلة، ولذلك قال مالك - ﷺ - في أحد أقواله: إن من قال لامرأته: يا زانية، ولم يقل: رأيتُ، ولا نفىٰ حملًا: إنه يحد ولا يلاعن؛ لأن ذلك أخذ من المشاهدة. فالرجل يقول في لعانه: أشهد بالله لقد رأيتها تزني، وأشهد بالله ما هذا الولد مني، فالأول مأخوذ من باب المشاهدة بالنظر، والثاني من باب المشاهدة بالقلب، فشهادة الرجل علىٰ ما يدعي مشاهدته ومعرفته، وشهادة المرأة أيضًا علىٰ ما تدعي علمه ومعرفته وهي عالمة بصدقه أو كذبه، فكل واحد منهما موكل إلىٰ علمه، وإن كان أحدهما كاذبًا لا محالة، وكيف يصح أن يشبه اللعان بالشهادة ويقاس عليها والعدل لا تقبل شهادته لنفسه ولو حلف مائة يمين؛ لأنه خصم؟! ولا تجوز شهادته أيضًا لغيره عند بعض العلماء إذا حلف عليها لاتهامه فيها». انظر: المقدمات الممهدات، ٦٦٣/١.

فالحاصل أن ماهية الشهادة بمعناها الشرعي يصعب أن تتحقق بذاتها في اللعان، وهو قرينة الحمل علىٰ اللغوي في الآية، ولا شك أن هذا الحمل وإن كان وجيهًا إلا أن شائبة الشهادة ظاهرة، ولو من وجه واحد فيه، ولذلك قال الجويني: «ومما يجريه العلماء في ذكر حقيقة اللعان أن أصحاب أبي حنيفة يدَّعون أن اللعان شهادة، وأصحابُنا يقولون: اللعان يمين، والمنصف من أصحابنا يقول: في اللعان شَوْب اليمين والشهادة، فأما شوب اليمين، فأصدق شاهد فيه صَدَرُ اللعان عمن هو في مقام الخصومة وهو يحاول تصديق نفسه، ولا يتصور هذا في مساق الشهادات، ثم يثبت في اللعان من أحكام الشهادة قضية واحدة، وهي أن الزوج إذا لم يلتعن، ونكل، ثم رغب فأراد اللعان، فله ذلك، كما لو لم يُقم المدعي ببينة، ثم أراد إقامتها، وليس كاليمين في هذه القضية، فإن من نكل عن اليمين، ثم رغب فيها، لم يُمكَّن من الحلف». فاعتبر ﷺ أن المنصف هو من يسلم بوجود شوب الشهادة في اللعان. ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥/٧.

هذا الشاهد لكونه متهمًا، فقام اليمينُ مُقامَ كل صفة تراد لنفي التهمة، وأما الاكتفاء بالواحد مأخوذٌ مِن النصِّ؛ فإنه قال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾، أما الحرية والإسلام لم يعتبرْ للثقة حتىٰ يقومَ اليمينُ مقامَه، ولم يَرِدْ نصٌّ في العبد والكافر والمحدود؛ بل ورد مطلقًا ما ذكر تنزيله علىٰ من هو أهل للشهادة؛ استصحابًا لقياس الشهادة، واقتصارًا في تَرْكِها علىٰ ما دل عليه النصُّ، وهو قبولُ قولِ الواحد، أو ما دل عليه معنىٰ النص، وهو التحليف لنفي التهمة، وهذا قُصَارَىٰ التحقيق من جانبهم.

والجواب: قلنا: إخراج الأعمىٰ والفاسق ممكن عن العموم، فحكم بصحة لعانهما تعلُّقًا بالعموم أو بالمعنىٰ، فإن كان بالعموم فالعموم شاملٌ للكلِّ، وإن كان بالمعنىٰ ـ وهو قيامُ اليمين مقامَ الصفة النافية للتهمة ـ فاقبَلوا شهادة الأعمىٰ والفاسق إذا شهد مع ثلاثٍ وحلف مع ذلك؛ إقامةً لليمين مُقامَ الصفة النافية للتهمة قياسًا.

وإن قلتم: إن ذلك ليس القياسَ في شيءٍ، فمستنده العمومُ، والعمومُ شمِلَ الكافرَ والعبد شمولَه الفاسق والأعمىٰ.

※ **فإن قيل**: السببُ فيه حاجة الزوجية، وإذا أثَّرتِ الحاجة في إبدال صفة العدالة والبصر باليمين الذي تقوم مقامَه في نفي التهمة، فمن أين يدل علىٰ إقامته مقامَ الحرية والإسلام وعدم الحد والقذف؛ وليس يفيدُ فائدتَه؟ إذ لم يعقل فائدته إلا من حيث إنه شرط تعبدًا لكونه كمالًا، واليمين لا تفيد الكمال حتىٰ تقوم مقامَ أسباب الكمال.

۞ **قلنا**: إذا فتحتُم بابَ الحاجة والنظر ـ وهي وجوبُ دَفْعِ النسب ـ

فلها رُتبةُ الاستقلال في الإعراض عن صفات الشهود، فالحاجةُ أغْنَتْ عن مراعاة التعبُّداتِ؛ إذ مجالُ اعتبار التعبُّداتِ مواقِعُ السَّعةِ لا مضايقُ الضرورةِ، فالمفهومُ من الآية هذا، فوجب التعلُّقُ بعمومِه وترْكُ التصرُّفِ فيه بظنونٍ مضطربةٍ متعارضةٍ لا أصلَ لها، ثم يبطُلُ علىٰ أصلِهم بالأخرسِ؛ فإن الإشارةَ فيها معنىٰ العبارة مِن الدَّلالةِ؛ ثم لم تؤثِّرِ الحاجةُ فيه.



مَسْألة: الحرُّ يُلاعِنُ عن زوجتِه الأمَةِ، وكذلك المسلم عن زوجته الذِّميَّةِ، وكذلك عن زوجته المحدودة في القذف[1]، والمتعلق عمومُ الآية، والتعلُّق بها في هذه المسألة أولىٰ؛ لأن هؤلاء لهم رُتبةُ الشهادة، ففوات رتبة الشهادة لأزواجهم لم يمنعهم من اللعان الذي أُثبت لحاجتهم لا لحاجة الزوجات.

فإن قيل: اللعان دافعٌ لحد القذف، وهو بدَلٌ عنه، وها هنا لا يجب الحدُّ لفوات إحصان الزوجةِ، فلا يجب اللعان.

قلنا: ليدفع التعزير، وليكن بدلًا عن التعزير، فإنه أخَفُّ من التعزير، ولذلك أحالوا إيجابَ التعزيرِ علىٰ الزوجة بقول الزَّوجِ، وأوجبوا اللعانَ

(١) ينظر: المهذب، للشيرازي، ٣/٧٧، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٠/٤٤٦، ومنهاج الطالبين وعمدة المفتين، ص٢٥١، وهو مذهب المالكية والحنابلة، ومذهب الحنفية أنه لا يلاعن عن الذمية والأمة. ينظر: تحفة الفقهاء، ٢/٢١٩، وبدائع الصنائع، ٣/٢٤١، والاختيار لتعليل المختار، ٣/١٦٧، والكافي في فقه أهل المدينة، ٢/٦٠٩، وبداية المجتهد، ٣/١٣٦، والهداية/لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٧٨، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٥/٥١٣.

عليها بقوله، ثم اللعان يُقصد لقطعِ الفراشِ ونفْيِ النسب، وهو موضوعٌ له، ولأجله جاز القذف؛ إذ يستحيل أن يقالَ: جاز القذف ليدفع حده باللعان/؛ [٣٠٠/ب] بل المقصود أمرٌ وراء حدِّ القذف.

❊ **فإن قيل**: وضع اللعان في الشرع من الجانبين، والمرأةُ ليست من أهل اللعان، ويستحيل أن ينفرِدَ الزوج فيكون فيه تغييرُ صورة اللعان.

۞ **قلنا**: لا نسلم أنها ليست من أهل اللعان كما سبق، وإن سُلم جدلًا فلِعانُه متعلِّقٌ سائر الأحكام؛ إذ أُثبت اللعان لحاجة الرجال، ولا فائدة للِّعان في حقها إلا درءُ الحدِّ عنها، فصحِّحوا لِعانَه وقولوا: لا يجب عليها اللعان بقوله، فإنها ليست أهلًا؛ كما أنَّا نقول: يلاعن المجنونةَ، فيصح ولا يجب عليها شيء أصلًا، ففي هذه المسألة عليهم مزيدُ إشكالٍ كما تقرر.

فإن احتجوا في المسألتين بما روي أنه ﷺ قال: «**لَا لِعَانَ بَيْنَ المَحْدُودِ وَزَوْجَتِهِ، وَلَا بَيْنَ العَبْدِ وَزَوْجَتِه، وَلَا بَيْنَ المُسْلِمِ وَزَوْجَتِهِ الذِّمِّيَّةِ**»[١].

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وأخرج الدارقطني في سننه (٣٣٣٩) كتاب الحدود عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ، قال: «**أربع من النساء لا ملاعنة بينهم: النصرانية تحت المسلم، واليهودية تحت المسلم، والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك**»، وقال بعد روايته للحديث: عثمان بن عطاء الخراساني، وهو ضعيف الحديث جدا، وتابعه يزيد بن زريع، عن عطاء وهو ضعيف أيضا، وروي عن الأوزاعي، وابن جريج وهما إماما، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده؛ قولَه، ولم يرفعاه إلىٰ النبي ﷺ، وقال البيهقي في السنن الكبرىٰ (١٤٦/٣): «رواه جماعة من الضعفاء عن عمرو، منهم: عطاء الخراساني، وعثمان الوقاصي عن عمرو بن شعيب، وعمار بن مطر، عن حماد بن عمرو، عن زيد بن رفيع، عن عمرو، ورواه عمر بن هارون، عن ابن جريج، والأوزاعي، عن عمرو موقوفا. وكذلك رواه يحيىٰ بن أبي أنيسة، عن عمرو موقوفا علىٰ=

۞ قلنا: لو صحَّ الحديث لقُلنا به، ولكن طعَن الأئمة فيه وقالوا: لم يُسندْه إلا عثمانُ بن عبدِالرحمنِ الزهريُّ وعثمانُ بن عطاءٍ الخُراسانيُّ، وهما متروكان لا يوثق بروايتهما[1].



❁ **مَسْأَلَة: الأخرسُ: مِن أهل القذْفِ واللعان**[2]؛ خلافاً له[3]؛ فإنه قال: ليس من أهلِه، وزاد وقال: لو لاعن ثم خُرِس قبل قضاء القاضي امتنع القضاءُ، **والمعتمدُ** أنَّ إشارة الأخرس أُقيم مقام عبارته في النكاح، وتصرفات النكاح من الطلاق والرجعة الإيلاء والظهار، وكذلك في غير النكاح من التصرفات التي تتعين عليه حتىٰ دعوىٰ الدم والإقرار به، فكذلك اللعان شُرع لنفي النسب وقطع فراش الزانية؛ لعُسر الصبر عليها، وحالة الأخرس في الحاجة إليها تساوي حالةَ الناطق، ثم مساواة حاله حالةَ الناطق في سائر التصرفات ألحق إشارتَه بعبارة الناطق، فكذا في اللعان.

= جده وعمر بن هارون غير قوي، ويحيىٰ بن أبي أنيسة ضعيف والله أعلم».

(١) كتب قبالة هذا الموضع في حاشية الأصل: «بلغ العرض وصح إن شاء الله تعالىٰ».

(٢) ينظر: مختصر المزني، ٣١٢/٨، والحاوي الكبير، ٢٣/١١، والمهذب، للشيرازي، ٨٦/٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٢٣/١٥، والوسيط، ١٠١/٦، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٤٤٦/١٠، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٣٥٣/٨، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: المدونة، (٢٦٣/٢)، والتلقين، ص١٣٥، وبداية المجتهد، ١٣٧/٣، والهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٧٩، والفروع، ٢٠٦/٩، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢٣٨/٩.

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٤٢/٧، وبدائع الصنائع، ٢٤٢/٣، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٧٢/٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٠/٣، والبناية شرح الهداية، ٥٧٧/٥، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ٣٩٨/١،.

❊ **فإن قيل:** ولم يلحَقُ بالعبارة في الشهادة وفي اللعان شهادةٌ أو هو شهادةٌ؟

۞ **قلنا:** النطق والتعبير بكلمة الشهادة اعتُبر، وهو من قَبيل الكمالات المعتبرة في مظانِّ السَّعة، والشهادة لا تتعين علىٰ الأخرس، ففي غيره مندوحةٌ، وليس في غيره مندوحة في لعانه، فإنه أُثبت لحاجة نفسه، وهو متعين عليه، وواجبٌ عليه دفعُ النسب الذي ليس منه، فصار كنكاحه وطلاقه وإقراره بالقصاص، فإنه من ضرورات ذاته، فإلحاقه بسائر التصرفات التي تدعو إليها الحاجات الذاتيَّةُ أَوْلىٰ.

❊ **فإن قيل:** يتعين في اللعان لفظةُ الشهادة واللعن حتىٰ لا يقوم مقامَهما غيرُهما، والإشارةُ تدل علىٰ المعاني لا علىٰ الألفاظ، فكيف يُستغنىٰ عن لفظ الشهادة واللعن؟

۞ **قلنا:** وكيف يُستغنىٰ في النكاح عن لفظ الإنكاح والتزويج أو عنما يدل علىٰ التمليك عندهم؟ وكذلك في الطلاق والإيلاء وغيره، ولكن قيل: أعيان الألفاظ من المزايا التي تُعتَبَرُ عند اتساع الحال، فإذا ضاقت الضرورة لم يحسُنْ مراعاتُه، واللعان أُثبت لضرورةٍ لا سبيل إلىٰ مُصابرتِها، وضرورةُ الأخرس فيه كضرورة غيره، فلا يبقىٰ لما يُعتبر لأجل الكمال وإتمام الصور عبرةٌ، وعن هذا لم يبق لمراعاة العدد وشهادته لنفسه وللفِسقِ والعمىٰ عِبرةٌ؛ فإنه واقع في مظنة الضرورة، فلا يُشترط إلا وجود الضرورة[1].

---

(١) في التسوية بين ألفاظ النكاح والطلاق وبيت ألفاظ اللعان نظر؛ إذ النكاح ينعقد بلفظة واحدة من الناكح، ولفظة واحدة من الولي، فيقول الناكح زجني، ويقول الولي قبلت،=

❊ **فإن قيل:** عندكم هو من أهل القذف لغيره، وأيُّ ضرورة في أن يجعل له أهليةُ القذف؟!

❁ **قلنا:** وعندكم لو لاعن ثم خُرِسَ امتنع/ على القاضي، وقد حضر [٣٠١/أ] الكمال بلفظ الشهادة واللعن.

ثم نقول: لو أقرَّ على نفسه بالقصاص قُبِلَ، وسببُه النظر لمستحق القصاص زجرًا ودَفْعًا لضرورة، وكذلك إذا أقرَّ بالسرقة فكذلك إذا قذف يُحدُّ نظرًا للمقذوف؛ فإن التعبير يحصل بإشارته كما بعبارة الناطق.

❊ **فإن قيل:** فلو أشار الناطق بالقذف ينبغي أن يُحدَّ لحصول التعبير.

❁ **قلنا:** وإذا أشار الناطق بسائر التصرفات ينبغي أن يصِحَّ كالناطق، ولكن عدول الناطق مع القدرة على النطق إلى الإشارة يُوهمنا إضمارًا يسقط

= والطلاق ينعقد بلفظ واحد أيضا، فالتسوية بين هذين العقدين اللذين ينعقدا بلفظ واحد وبين اللعان المشتمل على الكثير من الألفاظ أمر غير مسلم إلى حد ما.

وهذا ما تحير فيه إمام الحرمين، واستبعد حصوله بالإشارة فقط، ولذلك قال بأن الأولى أن يكتب الأخرس إن استطاع، أو يقام من يتلفظ بألفاظ العان وهو يصدقه. قال في نهاية المطلب: «ويختلج في الصدر إشكال في تأديته كلمات اللعان، سيما إذا عينا لفظ الشهادة، ولم نقم غيرها مقامها، فكيف ترشد الإشارات إلى تفاصيل الصيغ.

والذي ينقدح في وجه القياس، أن كل مقصود لا يتخصص بصيغة من لفظ، فلا يمتنع إقامة الإشارة فيه مقام العبارة، وما يتخصص بصيغة مخصوصة، فيغمض إعراب الإشارة عنها، ولو كان في الأصحاب من يشترط في الأخرس الكتبة إن كان يحسنها، أو يشترط من ناطق أن ينطق بالصيغة ويشير إليه بها، ويقول: تشهد هكذا وهو في ذلك يقرره، ويقرب الإشارة جهده، فهذا يقرب بعض القرب، فأما إشارة مجردة تدل على صيغة مخصوصة لست أهتدي إليها». ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥/٢٣.

الثقة بالإشارة، وأما الأخرس فإشارته أقصىٰ قدرته، فكان في حقِّه كالنطق في حق الناطق.



✽ **مَسألة: النسبُ ينفىٰ باللعان في النكاح الفاسد، وكذلك نسب النكاح الصحيح بعد البينونة بالطلاق والاختلاع**[1]؛ خلافاً له[2]، **والمعتمد** في المسألة أن اللعان إذا انتهض حجةً لدفع أقوىٰ النسبين، وهو نسب النكاح الصحيح؛ فبأن يقوىٰ علىٰ دفع نسب النكاح الفاسد أولىٰ، **والتحقيق** أن النسب باللعان من حيث إنه حجة في نفيه شرعًا، فلا يختلف باختلاف الأحوال لا سيَّما ونعلَمُ علىٰ القطع أن اللعان أُثبت مَخْلصًا عن نسبٍ ليس منه لينفيه، ولا يعصي علىٰ لحوق ما خُلِقَ من ماء غيرِه بنَسَبِه، وذلك واجبٌ علىٰ كل متدين، وطريقه في الخروج عن الواجب هو اللعان.

✽ **فإن قيل**: سلمْنا أن ما يدفع أقوىٰ النسبين يدفع الأضعفَ لو وجد الدافع، والدافع في الشرع لعانُ مَن هو زوجٌ، فكانت الزوجية شريطةً، وينزَّلُ انعدامُها من الملاعن منزلةَ انعدام الحرية والعدالة وشرائط الشهادة من الشهود.

---

(١) ينظر: مختصر المزني، ٣١٣/٨، والحاوي الكبير، ٤١/١١، والمهذب، للشيرازي، ٥/٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٣٢/١٥، والوسيط في المذهب، ٩٠/٦، وروضة الطالبين، ٣٣٦/٨، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: التلقين، ص١٣٥، وجامع الأمهات، ص٣١٤، والهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٨١، وشرح منتهىٰ الإردات، ١٨٣/٣.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٤٦/٧، وبدائع الصنائع، ٢٤١/٣، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٧٠/٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٦/٣، والعناية شرح الهداية، ٢٨٠/٤، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٢٢/٤.

والجواب أن ربط الحكم بكونه زوجًا لا سبيل إليه ولا مناسبة له ولا تأثيرَ؛ بل النكاح الفاسد كالصحيح في إثبات النسب وفي الحاجة إلىٰ نفيه، فالزوجية لا تصلح أن تجعل كالعدالة والحرية والصفات المؤثرة في الشهادة، ومهما عُقِلَ المعنىٰ وجب اتباعُه وحذف أوصاف الأصل، ولما قال ﷺ: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ مِنْ عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ البَاقِي**» ألحقنا الأَمَة به؛ إذ لم نرَ للذكورة مدخلًا وتأثرًا في الإعتاق، فكان وجودُهُ كعدمه، وكذلك وجود الزوجية كعدمه في لحوق النسب والحاجة إلىٰ نفيه، فاستوىٰ ما بعد الطلاق وما قبله، والنكاح الفاسد والصحيح بالإضافة إليه.

❊ **فإن قيل**: اللعان حجةٌ ضرورةً ثبت علىٰ خلاف القياس للأزواج مؤثرًا في قطع النكاح والفراش، فإثباته بمجرد النسب دون قطع الفراش تغييرٌ لوضعه وتصرفٌ بالقياس في غير موضعه.

❁ **قلنا**: اللعان ورد في حقِّ هلال بن أمية أو العَجْلانيِّ، وقد تعرَّض في لعانه بأمر رسول الله ﷺ لنفي النسب وإثبات الزنىٰ، ورتَّب عليه رسولُ الله ﷺ الفراقَ ونفيَ النسب جميعًا/، ثم انعقد الإجماع علىٰ أنه إن لم يكن [٣٠١/ب] نسبٌ انفرد أمر الزنىٰ بنفسه وجاز نصْبُ اللعان حجةً بمجرده، ولم يعدْ ذلك تغييرًا؛ بل نعلل ونقول: نسبة اللعان إلىٰ إثبات الزنىٰ ونفي النسب نسبتُه الحُججِ؛ فإنه يقولُ: أشهد بالله أنها زنتْ، وأن الولد ليس منِّي، فيتضمن يمينه أو شهادته إثبات الزنىٰ ونفيَ النسب جميعًا، ثم استقل بإثبات الزنىٰ؛ لأن الحجج إذا صلُحَتْ للإقامة علىٰ أمور متعددة صلُحَتْ للإقامة علىٰ أفرادِها، فهذه العلة تقتضي الانفرادَ بالنسب، بل أولىٰ؛ فإنَّ المقصود من

إثبات الزنىٰ التشفِّي منها بإفضاحها وقطع فراشها، وهو قادرٌ علىٰ قطع الفراش بالطلاق، والتشفِّي بالإفضاح ليس من المهمَّات، أما أمر النسب فمهِمٌّ شرعًا وعُرفًا، ولا سبيل إلىٰ نفْيِه سوىٰ اللعان، فبأن ينفرِدَ به أولىٰ وأحرىٰ.

❊ **فإن قيل:** كما لم يُلحَق في إثبات الزنىٰ بالزوج غير الزوج لا يُلحق في القضية الأخرىٰ، وهو نفي النسب.

۞ **قلنا:** إنما لم يلحق في الزنىٰ؛ لأن اللعان شُرِعَ للحاجة، ولا حاجة به إلىٰ قذف الأجنبية، وكذلك قذف المنكوحة نكاحًا فاسدًا؛ إذا لم يكن نسبٌ؛ إذ لا فِراشَ فلم يكن في معنىٰ الزوج، وإذا تحقق النسب فحاجته كحاجة الزوج، فأُلحق به حيث جمع المعنىٰ، وفُرِّق حيث فرَّق، وأصل المعنىٰ معقول علىٰ الوجه الذي تقرر.

❊ **فإن قيل:** فقد وضع اللعان علىٰ الأحوال سببًا لانقطاع النكاح، وما وضع مؤثرًا في النكاح لا يبعُدُ أن يكون النكاح مِن شرطه كالظهار والطلاق والإيلاء والرجعة.

۞ **قلنا:** لا بل وُضع اللعان محرِّمًا للنكاح علىٰ التأبيد عندنا كحُرمة المصاهرة وحرمة الرضاع، ثم الوطء والرضاع كل واحد منهما لو صادف نكاحًا قطعه، ولو قَطَعَ في غير نكاحٍ حَرَّم علىٰ التأبيد ومَنَع النكاح، فانقطع النكاحُ بسبب التحريم المؤبَّدِ، وإلا فلفظ اللعان لا يبنىٰ عن انقطاع النكاح، ونحن كذلك نقول في النكاح الفاسد أنهما يتلاعنان، ويحرُمُ النكاحُ بينهما علىٰ التأبيد ثم لم ينقطع به النكاحُ؛ لأنه لم يصادف نكاحًا حتىٰ يقطعَه.

❊ **فإن قيل:** فإن كان السبب مقصودًا أصليًّا باللعان، فليَنْفِ نسب

المملوكة باللعان، ولينْفِ الحلُّ الولد عن ابنه إذا مات ابنُه أو كان مجنونًا؛ لأنه صاحب نسبٍ، والزوجية غير مشروطة عندكم.

والجواب: أن النفيَ في ملك اليمين باللعان جارٍ على أحد الوجهين، فلا نسلِّمُ وإن سلمنا فسببه أن في دعوى الاستبراء غُنيةً لنفي النسب في الملك عن اللعان، واللعان حجةُ مَن لا حجة له، ولا سبيل إلى نفي النسب بعد الطلاق، وفي النكاح الفاسد، فكان اللعان سبيلًا ضروريًّا كما في صلب النكاح، وأما الجدُّ فليس صاحب النسب، ولكن النسب يثبُتُ إلى ابنه، ثم هو تابعٌ؛ بدليل أن الولد إذا تبنى لقيطًا وينكر الجد كونه منه فيثبت نسبه من الجدِّ شاء أم أبى، فليس له ولاية النفي ولا ولاية الإثبات إلا إذا مات الابن ولم يخلِّفْ وارثًا سوى الجَدِّ، فله ولاية الإلحاق بطريق الخلافة، ولو خلَّف بنتًا واحدةً هي مستغرقة للميراث بالبنوَّةِ والولاء لكان لها ولاية الإلحاق لا لأن لها رتبةَ الإلحاق والنفي.



مَسْألَة: إذا وقعت الفرقة باللعان تأبَّد التحريمُ، فلو أكْذَب نفسه لم يرتفع التحريمُ[1]**؛ خلافاً له**[2]**، والمعتمد قولُه ﷺ: «المُتَلَاعِنَانِ لَا**

(١) ينظر: الأم، ٢٣/٥، والحاوي الكبير، ٧٥/١١، والمهذب، للشيرازي، ٩٢/٣، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: المدونة، ٣٥٤/٢، والكافي في فقه أهل المدينة، ٦١٤/٢، وبداية المجتهد، ١٣٨/٣، والكافي، لابن قدامة، ١٨٧/٣، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٥١٧/٥، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢٥٢/٩، وكشاف القناع على متن الإقناع، ٤٠٢/٥.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٤٤/٧، وتحفة الفقهاء، ٢٢٠/٢، وبدائع الصنائع،=

١/٣٠٢ يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»[1]، والنقلُ عن جماعة من الصحابة قولُهم مضَتِ السنَّةُ أن المتلاعنَينِ/ لا يجتمعان أبدًا، وعن ابن عمر أنه سئل عن رجل أكْذَب نفسه في اللعان، وأراد أن يُعاوِدَ زوجته فقال: لا؛ فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «المُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»، والنقل مشهور على هذا الوجه لا غُبارَ عليه.

❊ فإن قيل: معناه: ما داما متلاعنَينِ حكمًا؛ كقول القائل: المصلُّون لا يتكلَّمون أبدًا؛ معناه: ما داموا مُصَلِّينَ، وكذلك كل حكم يُناط بالمتناكِحَين والمتبايِعَينِ، فلا يوجِبُ مطلقُه إلا بقاءَ الحكم أبداً ما داما متبايِعَين ومتناكِحَين؛ فإن انفسخ العقدُ انقطع الحكم، فكذلك ها هنا، واللعان قد بطَل بإكذابِه نفسَه، فخرَج عن كونه ملاعِنًا، فلم يثبت حكم اللعان، ودليلُ بطلان اللعان وجوبُ حدِّ القذف وعَودُ النسب، ولو بقي اللعان لاندفع الحدُّ؛ فإنه يسقُطُ بالشبهة، وَلَمَا عاد النسبُ. والجوابُ: أن اللعان بعد وقوعه لا سبيل إلى بطلانه بالكلية ولا إلى انفساخه، فإنه سببٌ من أسباب التحريم المؤبَّدِ كالرضاع والمصاهرة عندنا، وسببٌ للفرقة كالطلاق عندكم، وكيف ما كان فلا سبيل إلى إبطاله بعد وقوعه؛ فإنَّ بطلانَه بعدَ وقوعه

= ٢٤٧/٣، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٧١/٢، والاختيار لتعليل المختار، ١٧٠/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٧/٣، والعناية شرح الهداية، ٢٨٨/٤، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ٣٩٨/١، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٢٨/٤.

(١) أخرجه أبو داود في السنن (٢٢٥٠) كتاب الطلاق، باب: اللعان، والدارقطني في السنن (٣٧٠٤) من حديث سهل بن سعد، و(٣٧٠٦) من حديث ابن عمر فيكتاب النكاح، باب: المهر، وإسناده لا بأس به. ينظر الدراية في تخريج احاديث الهداية، (٧٦/٢).

واستجماعَه شرائطَه يفسَخُه، والفسخُ غيرُ متطرِّقٍ إليه، والدليل القاطع عليه أنه لو بطل اللعان لعاد النكاح كما قبل اللعان، وقيل: الْتحق اللعانُ بالعدم، وعندهم لو لاعن الزوجُ ثم أكذب نفسه قَبْلَ لعانها استمرَّ النكاحُ لبطلان اللعان، فهلَّا بان الآن إذا أكذب أن اللعان في الأصل باطلٌ فالنكاح مستمرٌّ! ولكن قيل: ثبوت الزنىٰ وانتفاء النسب باللعان أوجبت أنه حجةٌ، وضاقت الحجةُ؛ إذ أكذب حجته سقطت فائدةُ الحجة في حقه، ووقوع الفراق والتحريم باللعان لا بطريق الحُجج، ولكن بطريق ترتب الفراق علىٰ الأسباب المنصوبة لها شرعًا من الطلاق والرضاع أو المصاهرة، وهذا لا يؤثِّرُ فيه الإكذابُ، وعلىٰ الجملة إنْ كان الطريق واحدًا فالتحريم حكمٌ عليه كالفرقة وانتفاء الحد والنسب له، فقُبِلَ إكذابُه فيما عليه لاحتمالِه، وجُعِلَ فيما له كأنَّه لم يرجِعْ وكأنَّه مستمِرٌّ عليه، وعليه سائرُ قوانين الرجوع عن الأقوال.



مَسْأَلَة: إذا خرس أحدُ الزوجين أو حُدَّ في القذف لم ترتفِع الحُرمةُ[1]؛ خلافًا له[2]، **والمعتمدُ** الحديثُ، وكلامُهم في هذه أبعَدُ؛ لأنَّ الحَدَّ لا يعودُ، والنسب لا يعودُ بطريانِ الخرسِ والحدِّ، وغايةُ أمْرِهم جَعْلُ اللعانِ شهادةً، ومهما ارتبط بالشهادة حكمٌ ثم طرأ ما يُفْسِدُ أهليةَ الشهادة لم تبطُلِ الشهادةُ، والدليلُ عليه النسبُ والحدُّ، والدليلُ عليه الجنونُ إذا طرأ

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٧٥/١١، والمهذب، للشيرازي، ٩٢/٣.

(٢) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٣١/٤، ومبناه علىٰ أن اللعان شهادة عندهم، وبطروء الخرس أو الفسق يخرج عن أهلية الشهادة.

فإنه لا ترتفع الحرمةُ، وليس لهم في هذا الطرف كلامٌ به مبالاةٌ.



مَسْأَلَة: النسبُ يَنْتفي بلِعان الزوج، ولا يقِفُ علىٰ لِعان الزوجة[1]؛ خلافًا له[2]، **والمعتمدُ** في المسألة أن لعان الزوج حجةٌ في نفي النسب ودفْعِ الحد، ولعانُ المرأة معارضة للحجة علىٰ المضادة والتكذيب، والحكمُ بموجَبِ الحجة يستحيل أن يقف علىٰ ما هو تكذيبٌ له؛ فإنه لا يزداد به إلا ضعفًا، وهذا كلام قاطع في فَنِّه؛ يحققه أن نفيَ النسب باللعان حقُّ الزوج لا حقُّ الزوجة؛ بل لا/ مدخل للمرأة في النسب، فإنها لو أقرت بأن الولد من الزنىٰ لم ينتف النسبُ، ولم يُلْتَفَتْ إلىٰ قولها، فإذا لم يُعتَبرْ وِفاقُها كيف يُعتبر خِلافُها؟! [٣٠٢/ب]

فإن قيل: إنكارُ الخصم الدعوىٰ شرطٌ لإقامة الحجة، وهو ضد الحجة.

قلنا: عندنا لا يشترط بل ينفذ القضاءُ علىٰ الغائب وإن كان الخصمُ في البلد استُحضر لتوقُّعِ إقراره حتىٰ لا يفتقر القاضي إلىٰ اقتحامِ وَرَطات

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ١١/٥١، والمهذب، للشيرازي، ٣/٩٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥/٣٢، والوسيط، ٦/١٠٧، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٨/٣٥٦، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: المقدمات الممهدات، ١/٦٣٧، والذخيرة للقرافي، ٤/٣٠٧، والتاج والإكليل شرح مختصر خليل، ٥/٤٦٧، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٥/٥٢٧، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٩/٢٥٤.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٧/٥٩، وتحفة الفقهاء، ٢/٢٢١، وبدائع الصنائع، ٣/٢٤٦، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/١٨.

الاجتهاد في صدق الشهود وكَذِبِهم؛ إذ الإقرارُ والشهادة كالاجتهاد والبدَلِ، ويجب علىٰ القاضي سلوكُ أقربِ الطرق ما دام يقدر عليه، فإن أحضره فسكَت ولم ينكِرْ أقيمت الحجةُ عليه، وأما المرأة فلا عبرة ها هنا بإقرارها وإنكارها، فكيف يُشترط لعانُها؟!

❊ **فإن قيل:** حكم الفسخ في البيع لا يتعلق إلا بتحالف المتعاقدين، والتلاعن كالتحالف.

۞ **قلنا:** التحالف لا يوجب الانفساخ عندنا؛ بل يُنشأ الفسخ لتعذُّرِ إمضاء العقد وهو مخالفٌ موجَبَ قول كل واحد منهما، ولا يتحققُ التعذُّرُ إلا بتعاندِهما، وأما نفي النسب: موافقةٌ لقول الزوج وتصديقٌ له علىٰ خلاف قولها، فلا معنىٰ لاعتبار جانبها.

مسألة ولا يقف انتفاء النسب علىٰ قضاء القاضي[1] خلافًا له[2]، وموجَبُ الإيمان لا يقف علىٰ قضاء القاضي، وموجَبُ الشهادات يقفُ، والمسألة مُدارةٌ علىٰ أن اللعان يمينٌ أو شهادة، وقد سبق وجهُه، وإن سُلم

(١) اللائق أن تكون هذه المسألة في رسم المسألة السابقة، فهي من لوازمها عند الشافعية؛ إذ ثبوت نفي النسب بمجرد لعان الزوج يلزم منه ضرورة عدم التوقف علىٰ قضاء القاضي، ينظر: الحاوي الكبير، ٥١/١١، والمهذب، للشيرازي، ٩٢/٣، والوسيط، ١٠٧/٦، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٣٥٦/٨، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: المقدمات الممهدات، ٦٣٧/١، والذخيرة للقرافي، ٣٠٧/٤، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٥٢٧/٥، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢٥٤/٩.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٥٩/٧، وتحفة الفقهاء، ٢٢١/٢، وبدائع الصنائع، ٢٤٦/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٨/٣.

أنه شهادة فهو مخالف للشهادات، ووجه افتقار الشهادات إلىٰ القضاء أن النظر يطول في أحوال الشهود، وتعرُّفُ انتفاء التهمة عنهم وظهورُ عدالتهم، والقاضي لا نظرَ له في حال المُلاعن، فلا معنىٰ للتوقف علىٰ القضاء؛ كما لا نظر له في حال الحالف.

❊ **فإن قيل**: لو شهد الشاهد علىٰ شيئين وقضىٰ القاضي بأحدهما لم يثبُتْ الآخرُ، وكل ما يوجب النظرَ في التصديق والعدالة لا يختلف باختلاف المشهود عليه، فهلَّا ثبت الثاني وقد تم النظرُ في العدالة!

❁ **قلنا**: ورَدُّ الشهادة غيرُ محصور في العدالة؛ فرُبَّ عدلٍ تُرَدُّ شهادته لخَلَلٍ في صيغته، أو لحِرْصٍ تبيَّنَ له علىٰ أداء الشهادة يُتَعَرَّفُ به أن له غَرَض[1] في عين الشهادة، وربَّما ينجَّرُ إليه مقصودٌ بشهادة دون شهادة، وذلك لا ينضبط، فمَرَدُّه نَظَرُ القاضي، وأما حال الملاعِنِ: لا يتصوَّرُ فيه نظرٌ أصلًا، فهو في معنىٰ اليمين المحْضِ في هذه القضية.



❊ **مَسْأَلَة: ولا تقف الفرقة علىٰ لعانها؛ بل يحصُلُ[2] بمجرَّدِ لعانِه[3]؛**

---

(١) كذا في الأصل، والجادة: «غرضًا» اسم «أن» مؤخرًا، والمثبت له وجه، وهو أن يكون اسم «أن» ضمير شأن محذوف، ويكون «له غرض» جملة خبر «أن»، أو يكون «غرض» اسم «أن»، وحذف منه ألف تنوين النصب؛ جريًا علىٰ لغة ربيعة، وقد تقدم التعليق عليها.

(٢) أي: أمر الفرقة.

(٣) ينظر: الأم، ٣١٠/٥، والحاوي الكبير، ١٥٩/٨، والمهذب، للشيرازي، ٩٢/٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٣٣/١٥، والوسيط، ١٠٧/٦، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٣٥٦/٨.

خلافًا له(١)، والمعتمدُ أن كل فُرقة لفظية في النكاح لا تتعلَّقُ بالتزام عِوَضٍ لا يعتبرُ فيه جانبُها كالحاصل بالطلاق والإيلاء والرِّدة، وقد بيَّنَّا أن جميع أحكام اللعان متعلِّقٌ بلعانِ الزوج؛ مِن نَفْيِ النسب وسقوط الحدِّ وثبوت الزنىٰ؛ فإن اللعان شُرِع لحاجته، فالأصل لعانُه، وإنما لعانها لدَرْءِ العذاب عنها فقط، فالأشبه أن يكون الفراق حاصلًا بلعانه؛ لاعنت المرأةُ أم أصَرَّتْ.

❊ **فإن قيل**: رَفْعُ عقد البيع يُناطُ بتحالف المتعاقدين، وهذا تحالفٌ بين متعاقدين(٢).

۞ **قلنا**: ولكن سبب رفع البيع تعذُّرُ إمضاء العقد لتنازعٍ في الثمن،

---

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٤٣/٧، وتحفة الفقهاء، ٢٢١/٢، وبدائع الصنائع، ٢٤٤/٣، والاختيار لتعليل المختار، ١٦٩/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٨/٣، والبناية شرح الهداية، ٥٧١/٥، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٢٧/٤، ورد المحتار علىٰ الدر المختار، ٤٨٨/٣. وهو رواية عن أحمد والمعتمد في مذهبه. ينظر: الهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٨٠، والمغني، ٦٣/٨، وشرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي، ٥١٩/٥، والروض المربع، ص٦٠٠، وشرح منتهىٰ الإرادات، ١٨٣/٣.
ومذهب المالكية أن الفرقة تقع بعد لعان الزوجة ولا يشترط لها تفريق الحاكم. ينظر: المدونة، ٣٥٤/٢، والتلقين، ص١٣٥، والكافي في فقه أهل المدينة، ٦١٤/٢، وبداية المجتهد، ١٤٠/٣، والذخيرة، للقرافي، ٣٠٧/٤، وشرح مختصر خليل، للخرشي، ١٣٥/٤، وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل. ينظر: الهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٨٠.

(٢) قال السرخسي: «وكان التفريق هنا بمنزلة فسخ البيع بسبب التحالف عند الاختلاف في الثمن ثم هناك لا ينفسخ البيع ما لم يفسخ القاضي، فكذلك هنا، وهذا لأن مجرد اللعان غير موضوع للفرقة، ولا هو منافٍ للنكاح؛ إلا أن الفرقة بينهما لقطع المنازعة، والخصومة، وفوات المقصود بالنكاح مع إصرارهما علىٰ كلامهما فلا يتم إلا بقضاء القاضي». ينظر: المبسوط، ٤٣/٧.

حتىٰ لو اصطلحا أُمضي العقد/ بينهما، وها هنا ليس الرفْعُ لتعذُّرِ الإمضاء؛ [٣٠٣/أ] فإنَّ نزاعَهما في الزنىٰ كنزاعهما في السرقة والقتل وسائر الكبائر، فإذا التمسا تقريرَ العقد وزَعَما أن المنازعة بينهما في الكبائر مما يكثُرُ، وذلك ليس يمنعُهما عن التوافق في العقد، فَلِمَ يحصُلُ الفراقُ؛ ومذهبُ أبي حنيفة أن الفراقَ لا يقف علىٰ قضاء القاضي خلافًا لأبي يوسف؟![١] فَلِمَ يحصُلُ الفراق بمجرَّدِ لعانهما؟! فدلَّ أن اللعان من جهة الزوج سببٌ منصوبٌ للفراق لا لتعذُّرِ إمضاء العقد.

❊ **فإن قيل**: وكما أن تلاعنَهما لا يناسب وقوعَ الفراق من حيث تعذُّرُ الإمضاء فلعانه أيضًا لا يناسب، وإن كان يناسب نفيَ النسب وإثباتَ الزنىٰ، فمِن أيِّ وجهٍ يناسِبُ الفراقَ؟! وإذا انقطعت المناسبة وجب اقتباسُ حَدِّ السبب من مَوْرِدِ النص، وقد قال: «**المُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا**»[٢]، ونُقِلَ أنه ﷺ فرَّق بينَ المتلاعنَين، ولم يُنقَلِ الفراقُ إلا منوطًا بالتلاعن، ولما جُعِلَ الرَّضاعُ سببًا للحُرمة، وهو متعلِّقٌ بالمرضعة والمرتَضِعِ، والنكاحُ والوطءُ سببُ حرمة المصاهرة، وهو متعلِّقٌ بهما، فأيُّ بُعدٍ في أن يكون التلاعُنُ هو السببَ، وإذا انقطعت المناسبة وجب اتباعُ مطلق الألفاظ المنقولةِ، وهذا كلامٌ واقعٌ في ضبط مَدارك الأحكام.

(١) لا أعلم محل كلام المصنف هنا، فمذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن أن الفرقة لا تقع إلا بحكم القاضي، وهو ما ترجم له المصنف في رأس المسألة، ولعله أراد زفر، فمذهبه أن الفرقة تقع بعد اللعان قبل تفريق الحاكم وفاقا للمالكية. ينظر: بدائع الصنائع، ٣/٢٤٤.

(٢) تقدم تخريجه.

والجوابُ: أن الأشبه أن الفراق تَبَعُ النسب ؛ من حيث إن معناه انتفاءُ الفراشِ ، والولدُ للفراش ، فكأنَّ الفراش نُفِي لنفي النسب ، أو لأنه مظِنَّةُ النسب ، وقد بينَّا أن ذلك يتعلق بلعان الزوج ؛ لأنه أثبَتُ لغرضِه ، فكأنَّ الشرعَ لما قطع النسبَ ـ وهو من لوازم الفراش ـ لم يسمَحْ به إلا بقطعِ الفراش معه ، وهذا كلامُ الشافعيِّ فليُتأملْ وجهُ مناسبته ، وانضم إليه انعقادُ الإجماع علىٰ أن لعان الزوج يحرِّمُ الاستمتاع حتىٰ لو أبت اللعانَ وحُبِست عندهم ، فلا يُمَكَّنُ الزوجُ من أن يدخُلَ معها في الحبس ويواظِبَ علىٰ الاستمتاع ، فدلَّ أن المؤثر لعانُ الزوج ، وإذا ترجَّحَ هذا الرأيُ بالتلويحات التي ذكرناهُ[1] ، فقولُه: «**الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ**» بِناءٌ علىٰ الغالب ، فلا يبقىٰ له مفهوم فيما إذا انفرد الزوج باللعان ، وما نُقل أنه فرَّقَ بين المتلاعنين معناه إظهارُ الفُرقة ، وإلَّا فمذهُب أبي حنيفة أنه لا يقِفُ علىٰ قضاء القاضي .

❊ **فإن قيل**: روي أن العَجْلانيَّ قال: هي طالق ثلاثًا كَذَبْتُ عليها إنْ أمسَكْتُها. ولم يُنْكِرْ عليه رسولُ الله ﷺ .

۞ **قلنا**: إنما قال ذلك بعد فراغِهما من اللعان ، وبعدَ فراغ المرأة الفُرْقةُ واقعةٌ ، والطلاق بعدَ الفراق عندهم ، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا**»[2] ، قال الشافعيُّ: لم يعلَمِ العَجلانيُّ أن اللعانَ فُرقةٌ ، فأظهر من نفسه

---

(١) كذا في الأصل ، والجادة: «ذكرناها» لعود الضمير علىٰ مؤنث ، وهو «التلويحات» ؛ لكنه أعاده علىٰ مفرده ، وهو «التلويح» ، وهو من باب الحمل علىٰ المعنىٰ باعتبار المفرد ، وقد تقدم التعليق علىٰ الحمل علىٰ المعنىٰ عمومًا.

(٢) أخرجه البخاري (٥٣١٢) كتاب الطلاق ، باب: قول الإمام للمتلاعنين: «إن أحدكما كاذب ، فهل منكما تائب» ، ومسلم (١٤٩٣) كتاب الطلاق ، باب: انقضاء عدة المتوفىٰ=

الجِدَّ في الكلام والصدْقَ، أو عَلِمَ فطلَّقَ مِن طلَّقَ إظهارًا للرضا؛ كمن يَشْرِطُ العُهدةَ في بيعٍ مع علمه بأنها ثابتةٌ دون شرطِه، فعلىٰ الجُملةِ لا دليلَ فيه لهم(١).

= عنها زوجها، وغيرها بوضع الحمل.

(١) ينظر: الأم، ٥/١٣٤، وقد أجاب الحنفية عن قوله ﷺ: «لا سبيل لك عليها» أنه منصرف إلىٰ طلبه رد المهر؛ فإنه روي أنه قال: «إِنْ كُنْتَ صَادِقًا فَهُوَ لَهَا بِمَا اسْتَحْلَلْتَ مِنْ فَرْجِهَا وَإِنْ كُنْتَ كَاذِبًا فَأَبْعَدُ، اذْهَبْ فَلَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا».
ومن جملة أدلة الحنفية التي لم يتعرض لها المصنف: أن ملك النكاح كان ثابتًا قبل اللعان، والأصل أن الملك متىٰ ثبت لإنسان لا يزول إلا بإزالته أو بخروجه من أن يكون منتفعًا به في حقه لعجزه عن الانتفاع به، ولم توجد الإزالة من الزوج؛ لأن اللعان لا ينبئ عن زوال الملك؛ لأنه شهادة مؤكدة باليمين أو يمين، وكل واحد منهما لا ينبئ عن زوال الملك، ولهذا لا يزول بسائر الشهادات والأيمان، والقدرة علىٰ الامتناع ثابتة، فلا تقع الفرقة بنفس اللعان، وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي، ثم قول الشافعي مخالف لآية اللعان؛ لأن الله تعالىٰ خاطب الأزواج باللعان بقوله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ إلىٰ آخر ما ذكر، فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلاعنه وهي غير زوجة؛ وهذا خلاف النص.
بالإضافة إلىٰ أن الحنفية يبطلون تعليل الشافعية بكون الفرقة تكون من جانب الزوج فقط لأنها منوطة به؛ بأن من شرط صحة العلة الشرط أن يبقىٰ حكم النص بعد التعليل في الأصل علىٰ ما كان قبله فلأنه لما ثبت أن التعليل لا يجوز أن يكون مغيرًا حكم النص في الفروع ثبت بالطريق الأولىٰ أنه لا يجوز أن يكون مغيرًا حكم الأصل في نفسه، ففي كل موضع لا يبقىٰ الحكم في المنصوص بعد التعليل علىٰ ما كان قبله، فذلك التعليل يكون باطلًا لكونه مغيرًا لحكم الأصل، وفي مسألتنا الحكم الثابت بالنص اللعان من الجانبين، وهي شهادات مؤكدة بالأيمان، وليس فيه ما يوجب الفرقة بينهما، وقد ثبت بالنص أنهما لا يجتمعان أبدًا، وذلك أيضا لا يقتضي زوال الملك به كما بعد إسلام المرأة قبل إسلام الزوج، فإثبات حكم الفرقة بلعان الزوج فقط لا يجوز بطريق التعليل؛ لأنه لا يبقىٰ حكم النص بعد هذا التعليل علىٰ ما كان قبله فقبله المذكور جميع الحكم، وبعده يكون بعض الحكم إلا أن بعد ما فرغا من اللعان يتحقق فوات الإمساك بالمعروف ما داما مصرين علىٰ=

❁ مَسْأَلَة: إذا شَهِدَ الزوجُ مع ثلاثةٍ من العُدول علىٰ زِنىٰ زوجتِه لم تُقْبَلْ شهادتُه[1]؛ خلافًا له[2]، والمعتمدُ في المسألة أنه شهِد بالجناية علىٰ محلِّ حقِّه فلا يُقبَلُ؛ كما لو شهد بالزنىٰ بأمته المملوكة عند رضا الأمة؛ حيث لا يجِبُ المهرُ/؛ فإنه ليس يستجِرُّ إلىٰ نفسه مالًا، وليس يدفع عن نفسه ضررًا [٣٠٣/ب] ماليًّا، ولكنه منفعةُ البُضع علىٰ الجملةِ مِن الأمَة محِلُّ حقِّه، والزاني جانٍ عليه، فكان شاهدًا لنفسه من حيث الصيغةُ، وإن منعوا هذا فرضنا فيه وقِسْنا علىٰ ما إذا شهد علىٰ قتْلِ عبده في قطع الطريق؛ لا يُجابُ القتلُ حدًّا بعد عفوه عن القصاص والدِّيَةِ، فإنه لا يستجِرُّ إلىٰ نفسه حقًّا، ومع ذلك بطَلَتْ شهادتُه؛ لأنه في مقام المدَّعيين علىٰ الجملة إذ جَرَتِ الجناية علىٰ محِلِّ مِلْكِه[3].

= ذلك، واستحقاق الفرقة عند فوات الإمساك بالمعروف يثبت موقوفًا علىٰ قضاء القاضي به كما بعد إسلام أحد الزوجين إذا أبىٰ الآخر الإسلام. ينظر: بدائع الصنائع، ٢/٢٤٥، وأصول السرخسي، ٢/١٦٥.

(١) ينظر: الأم، ٥/٣١٥، والحاوي الكبير، ١١/١٣٥، والتنبيه، للشيرازي، ص٢٧١، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥/١٢١، والوسيط، ٧/٣٥٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: المدونة، ٢/٣٦٢، والكافي في فقه أهل المدينة، ٢/٦١٥، والذخيرة، للقرافي، ٤/٢٩٢، والهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٨١، والمبدع شرح المقنع، ٧/٣٦٩، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٠/١٩٢.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٧/٥٤، وبدائع الصنائع، ٧/٤٨، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/١٦، والجوهرة النيرة، ٢/١٤٨، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢/١٤٨.

(٣) قال إمام الحرمين: «اعتمد الأئمة نُكتتين: إحداهما: أن الزنىٰ تعرض لمحل حق الزوج؛ فإن الزاني منتفع بالمنافع المستحقة له، فشهادته في صيغتها تتضمن إثبات جناية الغير علىٰ ما هو مستحق له، وهذا يخالف صيغ الشهادات.

والنكتة الثانية: أن من شهد بزنىٰ زوجته، فنفس شهادته دالة علىٰ إظهار العداوة، فلا شيء=

* **فإن قيل**: سلَّمْنا هذا في الأصل، ولكن لا نسلم أن الزانيَ بزوجته جانٍ علىٰ محلِّ حقه، ولذلك لا يُصْرَفُ بَدَلُ منافع بضعِ زوجته قطُّ إليه، وبَدَلُ منفعة بضعِ الأمَة ونفس العبد يُصْرَفُ إليه في بعض الأحوال.

والجوابُ: أنَّ بدل المبيع قبل القبض ومنفعةَ الدار المستأجرة قبل القبض لا تُصْرَفُ إلىٰ المشتري والمستأجِرِ لا لعقد الملك، ولكن لأنه لم يدخُلْ في ضمانه بالقبض، فما يفوتُ يفوتُ من ضمان الملك، فكذلك منفعةُ البضع لم يدخُلْ[1] تحت اليدِ، ولا يُتصوَّرُ أن يدخُلَ، فلم يكن صرْفُ البدل عنه لفَقْدِ الملك.

ثُمَّ المشتري أو المستأجر لو شهِدَ كُلُّ واحد منهما علىٰ تفويت المنفعة أو العين علىٰ أجنبيٍّ لم تقبَلْ شهادتُهما، وإن كان البائع والمكري معترفًا لهما، وهما لا يستفيدان من الشهادة جَلْبَ مالٍ بالشهادة إلىٰ أنفسهما.

وأما قولُهم: إن الزانيَ بزوجة الإنسان غيرُ جانٍ علىٰ محل حقه فهو مُناكَرةٌ للشرع والعرف؛ فإنَّا نعلم أنه يتقلَّدُ له مظلمةٌ في الدار الآخرة بتلطُّخِ فراشه، وكذلك المرأة جانيةٌ علىٰ فراشِه بالتلطيخ، والفِراشُ حَقُّه لأجل النسب الذي هو حقُّه، وفي تلطيخه إفسادُ النسبِ.

والدليلُ القاطع عليه أنَّ الشرعَ جَوَّزَ القذْفَ واللعان للزوج خَلاصًا من

= يستثير المغيظة مثل تلطيخ الفراش، فإذا كنا نرد شهادة العدو، فالشهادة التي صيغتها إظهار العداوة لا تقبل». ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥/١٢١.

(١) قوله: «يدخل» رسم في الأصل بالياء وبالتاء، فالياء عودًا علىٰ «البضع»، والتاء عودًا علىٰ «منفعة».

الجناية علىٰ فراشه بالتلطيخ، فمن جُوِّز له الدعوىٰ وصُدِّقَ باليمين في الواقعة، كيف لا يكونُ صاحِبَ الواقعة؟ كيف ويتأكَّدُ ذلك بالخصومة الظاهرة والعداوة الراسخة بينَ الزوج والزاني بزوجته؟!

❊ فإن قيل: لم يُصَدَّقِ الزوجُ بيمينِه بل صُدِّقَ بشهادته إذا انفرد، فبأَنْ يُصَدَّقَ مع ثلاثٍ أَوْلىٰ.

❁ قلنا: فلو قَدَّمَ القذفَ فهو مُصَدَّقٌ بشهادته إذا انفرد، فكيف لا يشهَدُ مع ثلاثٍ؟ ولا خلاف في أنه لو قدم القذف صُدِّقَ باللعان ولم يُصدَّقْ بالشهادةِ، فدلَّ أن طريقه تصديقُ نفسِه باليمين ودَرْءُ الحدِّ عن نفسه لا الشهادةُ بعد التعرُّضِ للقذف؛ فإن أهلية الشهادة تسقُطُ بالقذف، فإنما صدَّقَه الشرعُ بيمينه، وهو المدَّعي علىٰ خلاف القياس؛ لأن حقَّ الفراش حقٌّ لا يُطاقُ التساهُلُ والإغضاءُ عنه، فلا بُدَّ وأن يكون له طريقٌ في الخلاص عن الجناية عليه، فمع هذا كيف يُنْكَرُ كونُه شاهدًا لنفسه؛ ولو شَهِدَ علىٰ أنه سرَق مالَه ثم ردَّه لم يُقبَلْ، وإن كان لا يجُرُّ إلىٰ نفسه مالًا؟! وكذلك إذا شهِدَ علىٰ أنه تعرَّض لعِرْضِه بالقذف، وإن كان حَدُّ القذف عندهم حقَّ اللهِ، ولكن لا يُنْكَرُ أنه يجِبُ بالجناية/ علىٰ عِرْضِه وهو مصون حقًّا له، وكذلك الرجل إذا [٣٠٤/أ] شهد علىٰ أنه جنىٰ عليه باللِّواطة غيرَ مكْرَهٍ مع ثلاثة من الشهود لم يُقْبَلْ، وإن كان الثابتُ به حدًّا وتعزيرًا ثبَت حقًّا لله، ولكِنَّ صيغةَ الشهادة مخْتَلَّةٌ.

❊ فإن قيل: فلو شهِدَ رجلٌ علىٰ زوجةِ ولدِه بالزنىٰ لِمَ يُقْبَلُ؟ ومَن شهد لولدِه لَمْ يُقْبَلْ.

❁ قلنا: فيه خلافٌ؛ فلا نُسلِّمُ، وإن سلَّمْنا فشهادةُ الوالد لولده تُرَدُّ مِن

حيثُ إنه يُتوقَّعُ انجرارُ نَفْعٍ إليه؛ لا من حيث الصيغةُ، وإلا فهو من حيث الصيغةُ شاهدٌ لغيرِه، فلا خلَلَ في الصيغة؛ لأنه ليس يشهَدُ لنفسِه، وليس تنجَرُّ إليه منفعةٌ بسبب شهادتِه[1].



مَسْألَة: إذا أقرَّ السيدُ بوطْءِ أمتِه، فأتت بولَدٍ لَحِقَهُ[2]، وقال أبو حنيفة: لا يَلْحَقُه ما لم يَسْتَلْحِقْ، وإذا استلحق واحدًا لَحِقَه ما بعده[3].

فنقول: أجمعنا علىٰ أنه لو أقر بوطءِ امرأة أجنبية علىٰ ظَنِّ أنها منكوحتُه يثبُتُ النسبُ إذا أتت بولدٍ، وكذلك لو أقر بوطءِ أمته علىٰ ظَنِّ أنها منكوحتُه إذا زُفَّتْ إليه غَلَطًا ثبت النسبُ.

---

(١) قطع إمام الحرمين بقبول شهادة أبي الزوج في حق زوجة ابنه، وذكر أن المسألة لم ينص عليها أحد من الأئمة، وأن فيها وجهين، قال: «وأقربهما من النكتتين: إن عولنا في رد شهادة الزوج علىٰ إشعار شهادته بإظهار عداوته، فهذا المعنىٰ قد لا يتحقق في شهادة الأب، وإن عولنا علىٰ النكتة الأخرىٰ، وهي التعرض لمحل الحق المستحق فطرد هذه النكتة يتضمن رد شهادة أبيه؛ فإن شهادة الأب للابن في حقه مردودة، كما أن شهادة الرجل لنفسه مردودة. وهذا غريب لا تعويل عليه، فالوجه القطع بقبول شهادة أب الزوج».
وكذا نص النووي علىٰ قبول شهادته إذا شهد حسبة، ولم يسبق من الابن قذف. ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥/١٢١، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١١/٢٣٦.

(٢) ينظر: الوسيط، ٦/١٧٥، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٣/٤٨٩، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٨/٤٤٠، وأسنىٰ المطالب شرح روض الطالب، ٣/٤١٥، وهو قول المالكية والحنابلة. ينظر: المدونة، ٤/٥٠٠، ومختصر خليل، ص٢٥٤، ومنح الجليل، ٩/٤٨٠، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٣/١٨٨.

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٧/١٤٦، وبدائع الصنائع، ٦/٢٤٣، والبناية شرح الهداية، ٦/٩٥، ومجمع الأنهر شرح ملتقىٰ الأبحر، ١/٥٤٣.

فنقول: لا يخلو إما أن ثَبَتَ إقامةً لظنِّ النكاح مُقامَ النكاح، مع أنه عُلم كونُ الظن خطأً، أو لمكانِ أن الظنَّ أكْسَبَ الفعل حرمةً، فصار ماؤه محترَمًا، فإقرارُه بالوطء المحترَمِ إقرارٌ بسبب العلُوقِ، والعُلوقُ من سراية الوطءِ، والإقرارُ بسببِ السراية كالإقرار بالسراية؛ كما أن الإقرارَ بالجَرْحِ كالإقرارِ بالقتل إذا حصَل الموتُ عَقِيبَه، باطلٌ أن يُحَال علىٰ ظَنِّ النكاح؛ فإن الظنَّ إذا انكشف خطؤُه كان البِناءُ علىٰ الحقيقة المكشوفة لا علىٰ الخيال الباطلِ؛ بدليل أنه لو وطِئَ زوجته علىٰ ظنِّ أنه قد وقَع عليها ثلاثَ طلقاتٍ؛ فإنه زانٍي، ثبت النسبُ بناءً علىٰ الحقيقة دون الظنِّ الباطل، وكذلك لو ظنَّ صحةَ نكاحِ امرأة فأتت بولَدٍ دون الوطءِ لم يَثْبُتِ النسبُ إذا تبيَّنَ بُطلانُ النكاح، ولم يَجْرِ زِفافٌ تعويلًا علىٰ الحقيقة وإعراضًا عن الخيال الباطل، فدلَّ أن السببَ أن الوطءَ يصيرُ محترمًا بالظنِّ، وهو سببُ العُلوقِ من مائِه، كالإقرار بالسبب المُفْضي إلىٰ العلوق من مائِه، كالإقرار بالعُلوقِ من مائِه، ولو قال: عَلِقَتْ مِن مائي عن وطءٍ محترَمٍ؛ لَحِقَه النسبُ، فكذلك إذا قال: وَطِئْتُ؛ لأنَّ العلوق سرايةٌ حاصلة عن الوطء، لا يُطَّلَعُ علىٰ سِرِّه لخفائه.

❊ **فإن قيل:** لو كان الوطء في الملك كالوطء بالنكاح الفاسد لمَا انتفىٰ النسَبُ بدعوىٰ العَزْلِ والاستبراء، وَلَافْتَقَر إلىٰ اللعانِ.

❁ **قلنا:** قيل: إنه لا ينتفي بدعوىٰ العزل والاستبراء، وإنه لا بُدَّ من اللعان؛ فلا نُسلِّمُ، وإن سُلِّمَ فالافتراق في طريق النفي لا يُوجِبُ الافتراقَ في الإثبات؛ فإن الإقرارَ بالوطء في النكاح الفاسد وبالنكاحِ الصحيح يُنَزَّلُ منزلةَ الإقرار بالاستلحاق، ثم الاستلحاقُ يثبت علىٰ وجهٍ لا ينتفي باللعانِ،

والإقرارُ بالوطء والنكاح لا يمنَعُ مِن اللعانِ، كيف وعندهم النكاحُ الفاسد يفارِقُ الصحيحَ في اللعانِ؟! ولم يدُلَّ علىٰ مفارقتِه له في النسب.

والسِّرُّ فيه أن ملك اليمين ليس موضوعًا للاستيلاد، فقضاءُ الوطر مع العزْلِ أو الإنزال ثم الاستبراءِ بعدَه لائقٌ بموضوعه، فتصديقُ الشرع فيه لأنه/ محتملٌ ولائقٌ بموضوعِه لا يَدُلُّ علىٰ أن الوطء المحرَّمَ فيه مع الإنزال لا يكون سببًا لِلحُوقِ النسب ولِلزومِ الاستلحاق. [٣٠٤/ب]

وعلىٰ الجملة قولُنا في هذه المسائل قولُهم في الولد الثاني، وعُذْرُنا عُذْرُهم، ومَنْعُنا مَنْعُهم[(١)].

---

(١) والمعول عند الحنفية في هذه المسألة أن الأمَة لا تصير فراشًا بالوطء، والنسب منوط بالفراش، وتقرير مذهبهم في المسألة عمومًا: أن المرأة تصير فراشًا بأحد أمرين أحدهما عقد النكاح، والثاني ملك اليمين إلا أن عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقدًا موضوعًا لحصول الولد شرعًا، ولأن الناس يقدمون علىٰ النكاح لغرض التوالد عادة، فكان النكاح سببًا مفضيًا إلىٰ حصول الولد، فكان سببًا لثبات النسب بنفسه، ويستوي فيه النكاح الصحيح والفاسد إذا اتصل به الوطء؛ لأن النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم لوجود ركن العقد من أهله في محله سواء كانت المنكوحة حرة أو أمة؛ لأن المقصود من فراش الزوجية لا يختلف، وأما ملك اليمين ففي أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضًا؛ لأنه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضيًا إلىٰ حصول الولد كملك النكاح، إلا أنه أضعف منه؛ لأنه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح، وكذا يحتمل النقل إلىٰ غيره بالتزويج وينتفي بمجرد النفي من غير لعان؛ بخلاف ملك النكاح، وأما في الأمة فلا يوجب الفراش بنفسه بالإجماع حتىٰ لا تصير الأمة فراشًا بنفس الملك بلا خلاف، ولا تصير فراشًا بالوطء أيضًا، إلا بقرينة الدعوة، فالمحصلة أن الفراش ثلاثة؛ فراش قوي وفراش ضعيف وفراش وسط، فالقوي فراش المنكوحة حتىٰ يثبت النسب من غير دعوة، ولا ينتفي إلا باللعان، والوسط فراش أم الولد حتىٰ يثبت النسب من غير دعوة، وينتفي بمجرد النفي من غير لعان، والضعيف فراش الأمة حتىٰ لا يثبت النسب فيه إلا بالدعوة. ينظر: بدائع الصنائع، ٦/٢٤٣.

❁ **مَسْأَلَةٌ: إذا سُئِلْنا عن حَدِّ القذف أهو حقُّ الله أم حَقُّ الآدميين، أنصَفْنا واعتَرفْنا بأنه مَشُوبٌ مُرَكَّبٌ من الحَقَّينِ.**

وإذا قيل: ما الغالب من الحقين؟ قلنا: إنه حقُّ الآدميينَ[1]، ولم نخُضْ في المسألة على الإجمال قبل تعيين الحُكْمِ المطلوب؛ فإنه إذا وقع الاعتراف بازدحام الشوائب فالفتوى بأن الغالِبَ ما ذي رَجْمُ ظَنٍّ فيما لا يتعلَّقُ به عملٌ، ولا حُجَّةَ في الظنون إلا في مواقِع العمل، وإنما موقِعُ العمل حُكْمانِ؛

أحدِهما: السقوطُ بعَفْو المقذوف، والآخَرُ: السقوط بموته، فعندنا أنه يسقُط بعفوِه، ويبقى لورثتِه بعدَ موتِه؛ ميلًا في هاتين القضيتين إلى تغليبِ مَشَابِهِ حقِّ الآدميين، وإنما قضيْنا بازدحام الشائبتين من حيث إن القذف جنايةٌ على عِرْضٍ هو حقُّ الآدميِّ، وهو في نفسه فاحشةٌ قبيحةٌ عُرْفًا وشرعًا، يتضمَّنُ هَتْكَ حُرمة القاذف في نفسه؛ كما أن السرقة جنايةٌ على حقِّ آدميٍّ، وهو في نفسه قبيحةٌ فاحشةٌ[2] يوجِبُ هتكَ السارق به حُرمةَ نفسه بتلطُّخِه برذيلة الفاحشة، وكما أن الجناية على الدم جنايةٌ على حق الآدميين وعلى حق الله بِهَدْمِ بِنْيةٍ محترمة لله وللآدمي؛ إلا أن الشرع ميَّزَ في الدمِ الواجبَ بحقِّ الله عن الواجب بحقِّ الآدمي، فأوجب الكفارةَ والدِّيَةَ أو القصاصَ، وصارت الكفارةُ مَحْضَ حقِّ الله في مقابلة الجناية على حقِّ الله، وصار القصاصُ أو الدية محْضَ حقِّ الآدمي، وفي السرقة مَيَّزَ الواجبَ؛ إذ

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٣/١٥٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٧/٢١٤، والمهذب، للشيرازي، ٣/٣٤٦، والوسيط، ٦/٤٥٦، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٠/٤٠٧، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ١٠/١٠٧.

(٢) كذا في الأصل، ولعله: «فاحشة قبيحة».

أَوْجب الضمانَ أو رَدَّ المالِ جَبْرًا لحَقِّ الآدمي كما في الغصْبِ والإتلاف، وأوجَبَ القطعَ محضًا لحقِّ الله؛ مجازاةً علىٰ مقارفة الفاحشة المستقبَحة عُرْفًا وشَرْعًا.

وحَدُّ الزنىٰ وحَدُّ الشرْبِ وَجَبا محضًا لحق الله؛ فإنهما وجبا مع سقوط حقِّ المزنيِّ بها بمطاوعتها، بل وجب عليها أيضًا، ووجب علىٰ من شَرِبَ خمرَ نَفْسِه، وفي القذف لم يميِّزِ الشرع بين ما يجب للآدمي جَبْرًا لحقه، وبين ما يجِبُ لله جزاءً علىٰ الفاحشة؛ بل أوجب الحَدَّ واكتفىٰ به، فصار الحَدُّ جزاءً علىٰ الفاحشة لحق الله، وجَبْرًا لحق الآدمي؛ من حيث إن العِرْضَ قد انثلم بسبب القذف، وحصَل بالحدِّ التكذيبُ والابتهارُ[1] به ورحْضُ العارِ وإعادةُ صيانة العِرْضِ، فكان الحدُّ متضمنًا للمعنيَيْنِ من حيث الحقيقةُ لا سبيلَ إلىٰ جحْدِهِ، ويشهد لذلك تعارُضُ الأحكام[2].

---

(١) كذا في الأصل، ووضع عند هذه الكلمة علامة إلحاق إلىٰ الحاشية اليمنىٰ، وصححها بقوله: (الإشهار) وأكدها بلفظة: (صح)، والابتهار: أن يقذفها بنفسه فيقول: فعلت بها؛ كاذبًا، فإن كان قد فعل فهو الابتيار، قال الكميت: [المتقارب]

قَبِيحٌ بِمِثْلِي نَعْتُ الْفَتَا ... ةِ إِمَّا ابْتِهَارًا وَإِمَّا ابْتِيَارَا

يقول: فذِكْرُ ذلك منِّي قبيحٌ إن كنت فعلتُ ذلك أو لم أفعَلْ. ينظر: غريب الحديث لأبي عبيد، ٣/٢٨٩.

والله أعلم.

(٢) وتمهيد القول في هذه المسألة أن أنواع الحقوق أربعة:

النوع الأول: حقوق الله تعالىٰ الخالصة:

وهي ما يتعلق به النفع العام للعالم، فلا يختص به أحد، وإنما هو عائد علىٰ مجموع الأفراد والجماعات، وإنما ينسب هذا الحق إلىٰ الله تعالىٰ تعظيمًا، وكحرمة الزنىٰ لما يتعلق بها من عموم النفع في سلامة الأنساب، وصيانة الفراش. =

. . . .

= وإنما ينسب الحق إلىٰ الله تعظيمًا؛ لأن الله ﷻ يتعالىٰ عن أن ينتفع بشيء، فلا يجوز أن يكون شيء حقًّا له بهذا الوجه؛ لأنه باعتبار التضرر أو الانتفاع هو متعالٍ عن الكل، والإضافة إليه لتشريف ما عظم خطره، وقوي نفعه، وشاع فضله، بأن ينتفع به الناس كافة، فباعتبار التخليق الكل سواء في الإضافة إلىٰ الله تعالىٰ، قال ﷻ: ﴿وَلِلَّهِ مَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلۡأَرۡضِ﴾.

قال القرافي: «ونعني بحق الله المحض أنه لو أسقطه لسقط، وإلا فما من حق للعبد الا وفيه حق لله تعالىٰ، وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلىٰ مستحقه، فيوجد حق الله تعالىٰ دون حق العبد، ولا يوجد حق العبد الا ويوجد فيه حق لله تعالىٰ، وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط، فكل ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد، وكل ما ليس له إسقاطه فهو الذي نعني بأنه حق الله تعالىٰ».

وقال التفتازاني: «المراد بحق الله تعالىٰ ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلىٰ الله تعالىٰ لعظم خطره وشمول نفعه».

النوع الثاني: حق العبد الخالص:

وهو ما كان نفعه مختصًّا بشخص معين، مثل حقوق الأشخاص المالية أو المتعلقة بالمال، كحق الدية، وحق استيفاء الدين، وحق استرداد المغصوب إن كان موجودًا، أو حق استرداد مثله أو قيمته إن كان المغصوب هالكًا.

فتحريم مال الشخص علىٰ غيره حق لهذا الشخص. حتىٰ يتمكن من حماية ماله وصيانته، ولهذا يملك أن يحل ماله لغيره بالإباحة والتمليك.

النوع الثالث: ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد، ولكن حق الله غالب:

ومثاله: حد القذف علىٰ قول الجمهور؛ فللعبد في حد القذف حق؛ لأن المقذوف بالزنىٰ قد اتهم في عرضه ودينه، ولله فيه حق؛ لأن القذف بالزنىٰ مساس بالأعراض عنها، مما يؤدي علىٰ شيوع الفاحشة.

النوع الرابع: ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد، لكن حق العبد غالب:

ومثاله: القصاص من القاتل عمدًا وعدوانًا فلله فيه حق؛ لأنه اعتداء علىٰ المجتمع، واعتداء علىٰ مخلوق الله وعبده الذي حرم دمه إلا بحق، ولله في نفس العبد حق الاستعباد، حيث=

ولكنَّا نعود إلىٰ الحكم المقصود ونقول: يسقُطُ الحَدُّ بإسقاطه تغليبًا لحقِّ الآدميين؛ بدليل أن حد القذف لا يسقُطُ بالرجوع عن الإقرار وبتقادُمِ العَهْدِ، وعن المستأمَنِ، ويستوفيه القاضي بعلمه وبالشهادة علىٰ الشهادة وكتابِ القاضي إلىٰ القاضي، ولا يستوفيه إلا عند طلب المقذوف عينَه، حتىٰ لو أعرض امتنع استيفاؤه بإعراضه، ويجوز دعوىٰ عينِه بالإعداء والاستِعْداء، ولا يجوز أن يدَّعيَ علىٰ غيرِه قَطْعَ/ اليد بالسرقة ولا حَدَّ الزنىٰ؛ فهذه أحكامٌ مُرْسَلةٌ، وسبيل ترسيخ الدلالة منها أن نعيِّنَ الرجوعَ عن الإقرار مثلًا ونقولُ: الرجوع عن الإقرار يوجِبُ سقوط حق الله، ولا يوجِبُ سقوطَ حَقِّ الآدمي، مغلوبٌ أو غالب أو مساوِي، فإن كان غالبًا فليسقُطْ بالرجوع نظرًا إلىٰ الغالب وإعراضًا عن المغلوب، وإن كان مساويًا أيضًا فليُسْقَطْ؛ لأن النظر إلىٰ أحدهما يوجِبُ السقوطَ، والنظر إلىٰ الآخَرِ يوجب الثبوتَ، والحدودُ إذا تعارض فيها المُوجب والمُسْقِطُ غُلِّبَ المسقِطُ، فإذ لم يسقُطْ

[١/٣٠٥]

= قال تعالىٰ: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾.

وللعبد في القصاص حق؛ لأن القتل العمد اعتداء علىٰ شخصه؛ لأن للعبد المقتول في نفسه حق الحياة وحق الاستمتاع بها فحرمة القاتل من حقه، وهو اعتداء علىٰ أولياء المقتول؛ لأنه حرمهم من رعاية مورثهم واستمتاعهم بحياته، فكان القتل العمل اعتداءً علىٰ حق الله وحق العبد، ولذلك كان في شرعية القصاص إبقاءً للحقين، وإخلاء للعالم من الفساد؛ تصديقًا لقول الله ﷻ: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾.

وغلب حق العبد؛ لأن ولي المقتول يملك رفع دعوىٰ القصاص أو عدم رفعها، وبعد المطالبة بالقصاص والحكم علىٰ الجاني القاتل يملك التنازل عنه والصلح علىٰ مال أو الصلح بغير عوض كما يملك تنفيذ حكم القصاص علىٰ القاتل إن أراد ذلك وكان يتقن التنفيذ، ولا يجوز ذلك إلا بإذن الحاكم، لئلا يفتات عليه، فلو فعل وقع القصاص موقعه واستحق التعزير. ينظر: الفروع، للقرافي، ١٤١/١، والتلويح شرح التوضيح، ٥٠/١، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ١٩٢/٧، وتيسير التحرير، ١٧٤/٢.

لم يَبْقَ إلا القسمُ الآخرُ، وهو كونُه مغلوبًا بالإضافة إليه، وهكذا سياقُ الدلالة في تقادم العهد والمستأمن وسائر المسائل، بل هذا إلىٰ ترجيحٍ عامٍّ، وهي[1] أن هذه الأسبابَ متقاضيةٌ للإسقاطِ إذا نُظر إلىٰ حق الله، ومبْنىٰ الحدِّ علىٰ الإسقاط، ثم أُبْقي علىٰ نقيضِ وضع الحدود نظرًا إلىٰ الغالب من حق الآدميِّ، والعفوُ يوجب الإسقاطَ، فإذا لاحظْنا حقَّ الآدمي في إبقاءِ الحدِّ لأنه الغالبُ، فَلَأَنْ نُلاحِظَه في إسقاطه بعلَّةِ كونِه غالبًا أولىٰ، وكذلك نسوقُ الدلالة في امتناع الاستيفاء عند إعراض المقذوف عن الطلب بعدَ تمام إقامة البيِّنةِ علىٰ ثبوت حدِّ القذف والإحصان.

فنقول: إن كان حقُّ الله مغلوبًا أو مساويًا فينبغي ألا يستوفىٰ بعد العفو والإسقاطِ؛ لأن حقَّ الله مغلوبٌ أو مساوِي[2].

---

(١) كذا في الأصل، والجادة: «هو».

(٢) والخلاف في جواز العفو عن حد القذف من آثار اختلاف الفقهاء في نوع الحق في حد القذف، فمن ذهب إلىٰ أن الحق في حد القذف لله تعالىٰ لم يجوز العفو عن حد القذف، فإذا ثبت وجب تطبيقه علىٰ القاذف، وهذا هو قول الحنفية.
قال الكاساني: «وأما حد القذف إذا ثبت بالحجة فكذلك عندنا لا يجوز العفو عنه والإبراء والصلح، وكذلك إذا عفا المقذوف قبل المرافعة، أو صالح علىٰ مال ـ فذلك باطل ويرد به الصلح».
ومن ذهب إلىٰ أن حد القذف من حقوق الآدميين، جوز عفو المقذوف عن القاذف مطلقًا، وهذا قول الشافعية والحنابلة.
قال الماوردي: «فإذا تقرر أن حد القذف من حقوق الآدميين المحصنة يجب بالطلب ويسقط بالعفو».
وقال ابن قدامة: «تعتبر استدامة الطلب إلىٰ إقامة الحد فلو طلب ثم عفا عن الحد سقط».
واختلف قول مالك في جواز عفو المقذوف عن القاذف، فقال تارة: إنه يصح ما لم يبلغ الإمام، وقال تارة أخرىٰ: إنه يصح مطلقًا بلغ الإمام أو لم يبلغ إذا أراد المقذوف أن يستر=

❊ **فإن قيل**: إنما لم يُسْتَوْفَ عند إعراضه لأنه لو أقرَّ بأنه غيرُ عفيف عن مقدمات الزِّنىٰ لَمَا استُوفي، ولأثَّرَ ذلك في إعدام السبب وإخراجِ القذف عن كونِه موجبًا، وإعراضُه فيه دلالةٌ ظاهرةٌ؛ فإنه ليس يقدِرُ علىٰ الاعتراف بعدم العِفَّة؛ إذ يمنعُ منه المروءةُ والعُرْفُ، والشرعُ لا يستجيز استيفاءَ الحَدِّ ظلمًا، فلا يليق به الإعراضُ، فلِمَ نتجاسَرُ علىٰ الاستيفاء خيفةً من ذلك، فإذا عاد إلىٰ الطلب استوفي؛ لأن ذلك الاحتمال قد بطَل وبانَ أنه كان ذلك تأخيرًا لغرضٍ آخَرَ لا لخَلَلٍ في الإحصان، وكذلك نقولُ: إذا أُسقط فلا يُستوفىٰ ما دام معرِضًا، ولكن لو عاد جاز؛ لأن إسقاطَه يوهِمُ خَلَلًا في الإحصان، فيورث توقفًا للتوقُّفِ في السبب لا من حيث إن إسقاطه أثَّرَ في إبطال ما الغالب منه حقُّ الله، فإذا أعاد إليه ارتفع التوقفُ في السبب، والغالبُ حقُّ الله، وإسقاطُه لا يؤثِّرُ فيه، فيُستوفىٰ، وأما سائر الأحكام الثابتة لحدود الله انتفت[1] ها هنا؛ لأنها أحكام الحقوق المتمحِّضة لله، وهذا مُركَّبٌ وليس بمتمحِّضٍ، وإن كان حق الآدمي مغلوبًا، ولكن لا يُخْرِجُه عن كونه مركبًا، وما ثبت في التمحض من السقوط بالرجوع وتقادم العهد وعن المستأمَنِ وغيرِه لم يلزَمْ إثباتُه في المرَكَّبِ، فانتفاؤه يدل علىٰ عدم التمحُّضِ، وهذه خواصُّ الحدودِ المحضة لله، ونحن نعترف بانتفاء التمحُّضِ ها هنا.

= علىٰ نفسه، وقال في قول ثالث: إنه لا يصح مطلقًا.

قال ابن رشد: «والسبب في اختلافهم: هل هو حق لله، أو حق للآدميين، أو حق لكليهما؟ فمن قال: حق لله؛ لم يجز العفو كالزنىٰ، ومن قال: حق للآدميين؛ أجاز العفو، ومن قال: لكليهما وغلب حق الامام إذا وصل إليه؛ قال بالفرق بين أن يصل الامام أو لا يصل، وقياسًا علىٰ الأثر الوارد في السرقة».

(١) كذا بغير فاء في جواب «أما»، وتقدم التعليق عليه.

قالوا: ولا يَرِدُ علىٰ عُذْرنا عن فصلِ الطلب إعراضُ المسروق منه؛ فإنه لو أعرض عن الدعوىٰ لم يُقْطَعْ، وإن أَثْبت السرقةَ وأقام الحُجَّةَ ثم أعرض عن الطلب، لم يظهر حمْلُه علىٰ إذن سابقٍ وشُبْهةٍ متقدِّمةٍ، وإن كان لو أقر به لأثَّرَ في إسقاط الحدِّ؛ من حيث إنه لا مانِعَ/ عُرْفًا وشرعًا من الإقرار به؛ [٣٠٥/ب] إذ دوافِعُ حدِّ السرقة من الإذن والإباحة لا يزْجُرُ العرف والشرع عن إظهارِهِ[١]؛ بخلاف دوافع حد القذف من اختلال الإحصان بالزنىٰ ومقدماته.

والجوابُ: أن العذر عن الطلب فاسدٌ؛ فإنه إذا قامت الحجةُ علىٰ القذف والإحصان والعِفَّةِ، وأقر به القاذفُ، فالتوقف في الحد لاحتمال أمْرٍ خَفِيٍّ يوجِبُ التوقُّف أيضًا، وإن طلبَ، والدليل عليه أن ذلك لو أوْرَثَ توهمًا لكان لو قذَفَه غيرُه في هذه الحالة وطلَبَه لم يُسْتَوْفَ، ولَقِيلَ: إعراضُه عن الأوَّلِ أوْهَمَ زوالَ الإحصانِ واختلالَه، والشُّبْهةُ كافيةٌ في دَرْءِ الحدود؛ وهذا قاطعٌ في إبطال هذا الخيال، وإن صَحَّ هذا الخيالُ في التأخير علىٰ احتمالٍ فهو عند الإسقاط أيضًا ظاهرٌ علىٰ جَزْمٍ، فليُمْنَعْ من العَوْدِ إلىٰ الطلب، كما لو جزم الإقرار.

وأما ما ذكروه مِن أن سائرَ الأحكام ثبت فيما يتمحَّضُ حقًّا لله فهو دَفْعٌ بالحيلة؛ إذ يقابله أن يقالَ: لا؛ بل نقائضُه، وهو الاستيفاءُ مع الرجوع عن الإقرار وعن المستأمن إلىٰ غير ذلك من المسائل ثبت في محض حقِّ الآدميين فلا يثبُتُ في المركَّبِ، بل المعهود اقترانُ الثبوت بأحد المتمحِّضَينِ،

(١) كذا في الأصل؛ بعود الضمير المذكر علىٰ مؤنث، والجادة: «إظهارها»، ولكنه ها هنا أعاده علىٰ مذكر؛ حملًا علىٰ المعنىٰ بإفراد الجمع؛ فأعاده علىٰ «دافع»، وليس «دوافع» فجاز، وسبق نقل كلام ابن جني بأن الحمل علىٰ المعنىٰ بابٌ مِن العربية واسعٌ.

والنفيُ بالآخر ودعوىٰ اختصاص الثبوت بالتمحض من أحدهما كدعوىٰ اختصاص النفي بالتمحُّضِ من الآخر، وإذا تَقاوَما فالمركَّبُ ينبغي أن يثبُتَ علىٰ مِزاج الأغلب من الأمرين لا علىٰ مزاج المغلوبِ، فدَلالتُه علىٰ الغَلبة قَطعيةٌ لا غُبَار عليه.

❊ **فإن قيل**: وهذه الأحكامُ يعارضها أن حدَّ القذف لا يقع موقِعَه باستيفاء المقذوف، ولا يسقُطُ بإباحته، ولا يجوز له الاعتياضُ عنه، ويتشَطَّرُ بالرقِّ، وهذه خصائصُ حقوق الله علىٰ الإجمال، وسبيل ترجيح الدليل أن يقال: إذا استُوفي المقذوف بقِيَ الحَدُّ لحقِّ الله، فحقُّ الله الذي بقَّىٰ له الحدَّ علىٰ القاذف غالبٌ أو مساوٍ أو مغلوبٌ، فإن كان مغلوبًا أو مساويًا ـ واستيفاء المقذوف يوجِبُ السقوطَ وحَقُّه غالبٌ ـ فليسقُطْ بحَسَبِ الغالب، أو إن كان مساويًا فقد تعارَضَ المسقِطُ والمبقِّي، فليُغَلَّبِ السقوطُ تغليبًا لوضْعِ الحدِّ، فبقاؤه دليلٌ علىٰ أن الغالبَ حقُّ الله.

وخصوص الدلالة علىٰ الحكم أن استيفاء المقذوف في تبرئة القاذف يَزيدُ علىٰ العفو؛ فإنَّ الاستيفاءَ في الحقوق وتبرئةَ الذِّمَم من الاحتياط بالعفو، وإذا بقي الحدُّ مع استيفائه فبأَنْ يبقىٰ مع عفْوِه وإبرائِه أَوْلىٰ، وكذلك سياق الدلالة في بقائه عند إباحته وعند إسقاطه بعِوَضٍ عند سقوطِ شَطْرِه برِقِّ القاذِفِ؛ مع أن حقَّ الآدمي لا يَتَشَطَّرُ.

والجواب: أن هذه المسائل ممنوعةٌ كلُّها إلا فَضْلَ التشطُّرِ، ولأجله اعترفنا بثبوت شائبةِ حقِّ الله، ولولاه لَمَا اعترفْنا به؛ إذ ليس يحمِلُنا علىٰ

الاعتراف بالتركيب كَوْنُ القَذْفِ قبيحًا ومحرَّمًا وعدوانًا ؛ فإن القصاص أيضًا لا يجب إلا بالعدوان والمعصية ، ثم يجب حقًّا للآدميِّ ، وحَدُّ السرقة لا يجِبُ إلا بمصادفة حقِّ الآدميِّ ، ثم يجب حقًّا لله ، ولم يحْمِلْنا عليه كونُه فاحشةً ؛ فإنه لو قال لأهل بلدةٍ: يا زُناةُ ؛ فهذا في هَتْكِ الحُرْمة والقبيحِ والتفاحُشِ أبْلَغُ مِن قذْفِ شخص واحدٍ ، ولا حدَّ عليه ؛ إذ لم ينثَلِمْ/ به العِرْضُ ؛ فإن العار إذا عمَّ [٣٠٦/أ] لم يؤثِّرْ في العادة ، فسقط الحدُّ نظرًا إلىٰ عدم انثلامِ العِرْضِ لحق الآدميِّ.

فدل أنه لا باعِثَ علىٰ تسليم التركيب إلا فَصْلُ التشطيرِ ، وكل ما ذُكِرَ في الجواب عنه فمُزَيَّفٌ ، لا نطوِّلُ بذِكْرِه ، بل هو دَلالةٌ علىٰ مُشابَهة حقوق الله.

ولكِنَّ الجواب أن هذه الشائبة لم تمنَعْ[1] من بقائه بعد الرجوع وتقادُمِ العهدِ وعلىٰ المستأمن وامتناعِ استيفائه عند إعراضه ، فلم تمنَعْ[2] من سقوطه بإسقاطه.

❊ **فإن قيل**: وينقلب عليكم مثلُه ؛ إذ يقالُ: وهذه الأحكامُ كُلُّها لم تمنع[3] من التشطير مراعاةً لمشابهة حقِّ الله ، فلا تمنع[4] من البقاء مع عفوه وإسقاطِه.

❁ **قلنا**: فالترجيح من وجهين: **أحدهما**: أنَّ شواهِدَنا أكثرُ ، والكثرة في الشواهد في مَظانِّ الترجيح في غاية الوقوع.

---

(١) قوله: «تمنع» رسم في الأصل بالياء والتاء.

(٢) قوله: «تمنع» رسم في الأصل بالياء والتاء.

(٣) قوله: «تمنع» رسم في الأصل بالياء والتاء.

(٤) قوله: «تمنع» رسم في الأصل بالياء والتاء.

والثاني: هو أن التشطر أثَرٌ ظَهر في وصفِ الحَدِّ يرُدُّ من كمالٍ إلىٰ نقصانٍ مِن غيرِ أن أثَّر في مقصود الآدميِّ؛ إذ مقصودُ الآدميِّ تكذيبُه وإظهارُ كذبه؛ لدفْعِ العارِ عن نفسه وصيانةِ عِرْضِه، وذلك يظهَرُ بأصل الحَدِّ لا بوصفه في الكمال بالمقادير، فالزيادة موقِعُها موقع التكمِلاتِ والتَّتِمَّاتِ الثابتةِ ثبوتَ الأوصاف التابعة، فإنْ أثَّر حَقٌّ تابعٌ ـ وهو حق الله في الحَدِّ ـ في أمر تابعٍ غيرِ مُخِلٍّ بمقصود الآدميِّ، فهو قريبٌ لائقٌ بهذا التركيب، أما ما استشهدنا به تأثيرٌ في أصل الحدِّ؛ فإنه بقي أصله مع أنَّ مَبْناه علىٰ السقوط، وقد جرىٰ ما هو مسقِطاتٌ بالإضافة إلىٰ حقوق الله، فهو نصٌّ في غَلبة حقِّ الآدميِّ، وهذا نصٌّ في أن حقَّ الله فيه ثابتٌ ثبوتَ التوابع لا علىٰ الغلبة، فكان الترجيحُ معنا ظاهرًا، وهذا كما أنَّا نعلَمُ أنَّ العدة تجب للزوج، ولله فيها حقٌّ، ثم تُشَطَّرُ برِقِّها؛ لأن حقَّ الزوجِ لا ينعدِمُ به؛ إذ مقصودُه صيانةُ مائِه، وهو حاصلٌ بأصل العِدَّةِ وعددُ الإقراء تكمِلةٌ، فكان التصرفُ في العِددِ قريبًا، فكذلك المقصود صيانة ماءِ وجهه وإعادةُ حِشْمته، وهو حاصلٌ بتكذيبه بأصل الحد لا بِقَدْرِه، وكأنَّ القدر من التكملات والتوابع، فظهر فيه تأثيرُ ما هو تابعٌ.

فإن قال قائل: فإن سلَّمْتُم بقية الأحكام، فما الجواب عنها؟

﴿ قلنا: أما وجوب الحد مع إباحة القذف فلا وَجْهَ لتسليمه، وهو اختيار أبي الطيِّبِ الطبريِّ؛ لأنه يقدَحُ في عين مقصود الإسقاط؛ لأنه في حكم إسقاط مقارن كما في القصاص.

وأما منْعُ الاعتياض فلا ضرَرَ في تسليمه؛ إذ لا يُعتاض عن حق الشفعة

والخيار وولاية النكاح وجملةٍ من حقوق الآدميين؛ لأن الشرع لم يقوِّمْها، والشرع لم يبيِّنْ لجِنْسِ الجَلداتِ قيمةً؛ فهذا سببُ منعه، فلا ضرر في تسليمه، وأما عدم وقوعه موقِعَه إذا استوفاه المقذوفُ فالأولىٰ منْعُه، وإن سُلم فطريقه أن استيفاءَه لم يصادِفِ المستحَقَّ؛ لأن الجلدات المستَحَقةَ غيرُ متعينةٍ كالدراهم المستحقة في ذمة من عليه الدَّينُ إذا أخذه المستحِقُّ دون تعيينِ مَن عليه، أو تعيين القاضي لم يقَعْ عن حقِّه؛ لأن حقَّه غيرُ متعينٍ فيه، والتعيين ها هنا إلىٰ الإمام؛ لأنَّ من عليه الحَدُّ/ مُجْبرٌ، وأما القصاص [٣٠٦/ب] فالحقُّ فيه متعين في المحلِّ، فصار اليد أو النفس عينَ حقِّه، فهو كعينِ ملكه إذا أخذه وقَع عن حقِّه؛ فهذا طريقٌ في الجواب، أو نقطَعُ دلالتَهم ونقولُ: مِن حقوق الآدميين ما يتعلَّقُ بالقضاة ولا يستوفيه المستحقُّ لا سيما علىٰ أصلِهم في حق الشُّفعة والردِّ بالعيب والرجوع في الهبة، فإنه لو استقَلَّ به وباستيفائه لم يحصُلْ دون إذْنِ القاضي، فلا دلالة له إذًا، أما الطرفُ الآخَرُ، وهو السقوطُ بموت المقذوف، فالكلام فيه ظاهرٌ؛ فإنه إن كان حقَّ الآدمي فينبغي ألَّا يسقُطَ بموته، وإن كان حَقَّ الله فكَمِثْلٍ، كما لا يسقُطْ قَطْعُ السرقة بموت المسروق، ولا القصاصُ بموتِ مستَحِقِّه، فالسقوطُ بالموت خارجٌ عن الجانبين جميعًا.

❊ **فإن قيل**: استيفاؤه موقوفٌ علىٰ طلبه، وقد تعذَّر بالموت طلبُه، ولو أُثْبِتَ لورثته موزَّعًا علىٰ فرائض اللهِ، لكان هذا تمحيضًا لحق الآدمي، وإثباتَ نوعٍ من الميراث لا عهْدَ بمثله، ولو خُصِّصَ بالعصبات كان تحكُّمًا من غيرِ مستَنَدٍ.

۞ **قلنا**: لا يبعُدُ كلا الأمرين؛ فإنه إذا لم يكُنْ رَبْطُه بطلبه تمحيضًا لحقِّ

الآدميين، فإقامةُ ورثته مقامَه في الخلافة في الطلب لا يوجِبُ التمحيضَ؛ لأنهم يحْذُون حَذْوَه، كيف ويمكن إثباتُه للعصَباتِ؟! فإنه يرجع إلىٰ دفْعِ العار عن النسب كالولاية، وقد قالوا: لو قذف امرأةً ميتةً ثَبتَ لعصَباتِها طلبُ الحدِّ، فمَن يثبُتُ له الطلبُ ابتداءً ينبغي أن يدومَ له، فلا تناقُضَ فيه، كيف ولا عُذْرَ عن الطلب إلا أن الغالِبَ حقُّ اللهِ؟ وهو يقتضي إثباتَه للورثةِ، أو هو أنَّ في إعراضه إيهامَ خَلَلٍ في الإحصانِ، فإذا كان علىٰ الطلب فهَمَمْنا بالاستيفاء فمات، ينبغي ألا يمتنِعَ علىٰ الإمام الطلبُ، فقد انتفىٰ التوهُّمُ للخَلل في الإحصانِ، والله أعلم.



❊ **مَسْأَلَةٌ: امرأةُ الصبيِّ إذا لَزِمَها عِدَّةُ الوفاة فوَضَعَتْ حملًا من الزنىٰ أو من شُبهةٍ لم تَنْقَضِ عدَّتُها**[1]؛ خلافًا له[2]، وكذلك البالغُ إذا طلَّقَ زوجته فأتتْ بولد لأقلَّ مِن ستةِ أشهر من وقت النكاح، فهو منفيٌّ عن الزوج، وعِدَّتُها لا تنقضي به، وبالجملة فلا تنقضي عدةُ الزوج إلا بحملٍ من الزوج، والمعتمدُ عمومُ قولِه تعالىٰ: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[3].

(١) ينظر: تكملة المجموع، لتقي الدين السبكي، ١٨/١٥١، وكفاية الأخيار حل غاية الاختصار، ص٤٢٤، وحاشية البجيرمي، ٤/٤٢، وشرح ابن قاسم علىٰ متن أبي شجاع، ص٢٥٣، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: مواهب الجليل، ٤/١٥٠، وشرح مختصر خليل، للخرشي، ٤/١٤٣، والروض المربع، ص٦٠٤.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، وبدائع الصنائع، ٣/١٩٧، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢/٢٨١، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/٢٩، ومجمع الأنهر شرح ملتقىٰ الأبحر، ١/٤٦٦.

(٣) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٣٤).

فنقول: إنْ بقِيَ الحملُ بعد المدة فقد أتت بالمدَّةِ المضروبة، وإن وضعت قبل ذلك فقد بقيَتِ المدةُ، فلا تحِلُّ للأزواج.

* فإن قيل: ولكِنْ عارضه قولُه تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[1]، وما روي أن أبا السنابِلِ بن بَعْكَكٍ سأل النبي ﷺ عن امرأةٍ نكحت بعد وفاة زوجها علىٰ قُرْبٍ، وكانت قد وضعت الحمل، فقال ﷺ: «لَوْ وَضَعَتْ وَالزَّوْجُ عَلَىٰ السَّرِيرِ لَحَلَّتْ»[2]، ذكر الحلَّ عَقيب الوضعِ مُعَلِّلًا بالوضع، فدلَّ أن الوضعَ هو العلَّةُ دونَ النظر إلىٰ أحوال الموضوع في ثبوت النسب وعدمه.

والجوابُ: أنَّ المراد بالآية حمْلُ الزوج، والحديثُ وَرَدَ في حمل

---

(١) سورة الطلاق، جزء من الآية (٤).

(٢) هذا اللفظ ليس من قول النبي، وإنما هو من قول عمر بن الخطاب ﷺ، وأخرج هذا الأثر سعيد بن منصور في السنن (١٥٢١) كتاب الطلاق، باب: ما جاء في عدة الحامل المتوفىٰ عنها زوجها، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٧٦٠٩) كتاب النكاح، باب: في المرأة يتوفىٰ عنها زوجها فتضع بعد وفاته بيسير.

أما حديث أبي السنابل، فأخرجه البخاري (٣٩٩١) كتاب المغازي، ومسلم (١٤٨٤) كتاب الطلاق، باب: انقضاء عدة المتوفىٰ عنها زوجها، وغيرها بوضع الحمل، وفيه: أن سبيعة الأسلمية كانت تحت سعد بن خولة وهو في بني عامر بن لؤي، وكان ممن شهد بدرًا، فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل، فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته، فلما تعلت من نفاسها، تجملت للخطاب، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك ـ رجل من بني عبد الدار ـ فقال لها: ما لي أراك متجملة؟ لعلك ترجين النكاح، إنك، والله، ما أنت بناكح حتىٰ تمر عليك أربعة أشهر وعشر، قالت سبيعة: فلما قال لي ذلك، جمعت علي ثيابي حين أمسيت، فأتيت رسول الله ﷺ، فسألته عن ذلك، فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي، وأمرني بالتزوج إن بدا لي».

الزوج، ولا تعويل علىٰ هذا العموم؛ فإن الحمْلَ المنفيَّ عن الزوج مع سبق النكاح نادِرٌ لا يخطِرُ بالبال عند ذِكْر أولات الأحمال؛ بل هذه الآياتُ متعرِّضةٌ لحقوق النكاح، فما سيق إلا لبيان حمْلِ النكاح، والدليلُ عليه أنه لو كان الحملُ المنفيُّ عن الزوجِ طارئًا لم تنْقَضِ به العدَّةُ أصلًا، والعمومُ شامِلٌ، ولكن قيل: ذلك نادرٌ، والكلامُ ما سِيقَ لبيانِه، وكأنَّ السببَ فيه أنَّ العدَّةَ حقُّ النكاح؛ فإن حُوِّل إلىٰ وضع الحملِ سبقَ إلىٰ الفهمِ أن السببَ فيه كونُ الحملِ من حقوق النكاح، وأن في وضْعِه قيام[1] بحق النكاح، وخروج عن علائقه، فإن أُقيم مُقامَ العدة التي وجبت قضاءً لحق الزوج والزوجية فهو قريبٌ، فأما حملُ الزنىٰ فليس قضاءً لحقِّه، فكيف يُفهم تبديلُ العدة التي وجبت قضاءً لحقِّ النكاح به.

❊ **فإن قيل**: الآيَةُ والخبرُ عامٌّ، وما ذكرتموه خيالٌ لا يوثَقُ به، فإن مَبْنىٰ العِدَّةِ علىٰ التعبُّدِ، ولا يُعْقَلُ معناه، فلا يُترَكُ العمومُ بالخيالات، وأما الطارئُ فليس السببُ فيه كونَه غيرَ محترمٍ؛ فإنا نُجْري في المولد عن وطءِ بالشبهة؛ بل سببُه أنها شُرِعَتْ في العدة، وليست حاملًا، فلم يجُزْ لها التحوُّلُ إلىٰ الحمل، وليس الحملُ أصلًا للأشهر، ولا الأشهرُ بَدَلًا عن الحمل في عدة الوفاة؛ بخلاف عدة الطلاق؛ فإنَّ الأصلَ فيه الحَيضُ، والأشهَرُ بَدَلُ عنه، فلو حاضت في أثناء الأشهر تحَوَّلَتْ، ولو حملت أيضًا لم تتحوَّلْ؛ لأن الحملَ ليس أصلًا؛ بل الأصلُ الحيضُ، وأما ها هنا الحائضُ تعتَدُّ بالأشهر، فلم يكن الحيضُ أصلًا بل الأشهرُ أصلًا في حق الحائل، والحملُ أصْلًا في حقِّ الحامل.

(١) كذا في الأصل؛ بحذف ألف تنوين النصب جريًا علىٰ لغة ربيعة، وقد تقدم التعليق عليها.

والجوابُ: أنَّ الآيَةَ وردت في المطلَّقاتِ، ونحن الآن فَرَضْنا في عدة الوفاة، والخبرُ ورَد في عدة الوفاة علىٰ سببٍ، وكلُّ لفظٍ وَرَد علىٰ سببٍ، وكان يستقِلُّ بنفسه لو لم يسبقِ السببُ؛ كقوله: «**أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهُرَ**»[1]، فلا يختصُّ بالسبب، وما لا يستقِلُّ لو جرىٰ منفردًا فتكون الواقعة مقدَّرةً في الكلام، وقوله: «**لَوْ وَضَعَتْ وَالزَّوْجُ عَلَىٰ السَّرِيرِ لَحَلَّتْ**» لو ابتدأ به لم يُفْهَمْ؛ إذ ليس فيه تعرُّضٌ للحملِ والموضوعِ، فصارت الواقعةُ معادةً فيه، وصار تقديرُه: لو وَضَعَتْ ما وضعت والزوجُ علىٰ السريرِ، لحلَّتْ، فيرجع إلىٰ الموضوع لحاله ووضْعِه، ولا يبقىٰ العمومُ علىٰ ما تقريرُ وجهِه في فنِّ الأصول، وأما العمومُ إن سُلِّم في الطلاق فقد بينَّا أن السابقَ إلىٰ الفهم حمْلُ النكاح؛ فإنه سيق لحقوق النكاح، فلا يبقىٰ في حقِّ حمْلِ الزِّنىٰ إلا مجردُ صيغة بعيدةٍ عن مقصِدِ الكلامِ يضعُفُ التمسكُ به، ويدفعه أدنىٰ خيالٍ، وما ذكرْنا من أن حق النكاح إذا بُدِّلَ بالوضع للحمل غَلَّبَ علىٰ الظن أن سببه أنه أيضًا أداءٌ لأمانة النكاح وحقِّه؛ فهذا أغلبُ علىٰ الظنِّ من صيغةٍ محضةٍ تشهد قرينةُ الحال لكونها غيرَ مَسُوقةٍ لحَمْلِ الزنىٰ، كيف وقد وجدنا الطارئَ مخرجًا عن العموم بالإجماع فاستنبطنا عِلَّتَه؟ وهو أنه ليس عن جهة النكاح، فلا يتأدَّىٰ به حقُّ النكاح، وعدَّيْناه إلىٰ الحمل المقارن، فهو قياسٌ سَديدٌ صالحٌ لتخصيص مثل هذا العموم الظاهر، وأما عذرهم عن الطارئِ بأن الحمْلَ ليس أصلًا، فمن أين عَرَفوا ذلك مع أن الاعتدادَ بالأشهر مشروط بفَقْد الحمل كما أن الاعتداد بالأشهر في الطلاق مشروطٌ بفَقْدِ الحيض؟ وكذا الحيضُ في الطلاق مشروطٌ بفقد الحمل؛ بدليلِ أن الحاملَ لو رأت الدمَ علىٰ صورةِ

---

(١) أخرجه مسلم (١٠٥/٣٦٦) باب طهارة جلود الميتة بالدباغ.

الأقراءِ لم تعتَدَّ به، فالحملُ أصْلٌ في كل بابٍ، فبطل تعليلُهم، وثبت أن السببَ ما ذكرناه.

[٣٠٧/ب] ❊ **فإن قيل:** وبِمَ تُنكرون علىٰ من يفهمُ من تحويل/ العدة إلىٰ الحمْلِ النظرَ إلىٰ براءة الرحم، وذلك لا يختلف باختلاف الحمل الموضوع؟

❁ **قلنا:** هو فاسدٌ في عدة الوفاة فسادًا ظاهرًا؛ فإنها تجِبُ قبل المسيس، ولا يعتبر فيه الحيضُ، وفي عدة الطلاق أيضًا التعبُّدُ، وقضاءُ حق النكاح غالبٌ عليه؛ لا سيما علىٰ أصلِهم؛ فإنهم أبقَوا به جميع حقوقِ النكاح، فلا يستقيمُ تجريدُ النظر إلىٰ البراءة، ثم يَرِدُ عليهم الحملُ الطارئُ ورودًا لا محيصَ عنه، ثم إذا فرضنا في حمل الزِّنىٰ، فكيف يُعتبَرُ براءةُ الرحِمِ عنه ولا تأثيرَ لوجوده في المنع من النكاح؟!

❊ **فإن قيل:** عُمْدَتُكم ينتقضُ بالولد المنفيِّ باللعان؛ فإنَّ العدةَ تنقضي به، وهو منفيٌّ عن الزوج.

❁ **قلنا:** في حقِّ الزوج منفيٌّ عنه، وفي حق المرأة غيرُ منفيٍّ عن الزوج؛ فإنَّها مُصَدَّقةُ بلعانها كالزوج، فلم يكن نفيًا مطلقًا، وإذا أُثبت في حقِّها فالتعويلُ في العدَّةِ علىٰ جانبِها، فيُقَدَّرُ في حقِّها علىٰ الوجه الذي حَلَفَتْ عليه.



❦ مَسْألة: إذا جدَّدَ النكاحَ علىٰ المختلعة الممسوسة قبل انقضاء العدة ثم طلَّقَها قبلَ المسيس لم يلزَمْه إلا شطرُ المهرِ، ولا يلزمُها عِدَّةٌ بهذا النكاحِ[1]،

---

(١) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥/٢٠٠، والوسيط، ٦/١٤٥، وتكملة=

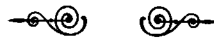
نعم عليها العَودُ إلىٰ بقية العدة السابقة، **والمعتمدُ** أن النكاح الثانيَ خالِي عن الَخلوة والمسيس، ونصُّ الكتاب موجِبٌ تشطُّرَ المهر وعدمَ العدة عند الطلاق قبل المسيس، فمن أراد مخالفةَ النصِّ فعليه الدليلُ.

❊ **فإن قيل**: دوامُ القبض في تقريرِ العِوَضِ وإحكامِ القبض يُنزَّلُ منزلةً ابتدائيةً، وها هنا القبض دائمٌ، وهو شَغْلُ رحمِها بمائه، فصار كما لو أنشأ الشَّغْلُ؛ إذ مستأجِرُ الدار يصير قابضًا لها بأقمشةٍ نقَلها إليها قبل الإجارة أو بعدها.

۞ **قلنا**: القبضُ المقرر هو الوطء أو الخَلْوةُ، ولم يجرِ ها هنا لا ابتداؤه ولا دوامُه، وأما شَغْلُ الماء فلا تأثيرَ له؛ بدليل أنه لو وطِئَ ولم يُنْزِلْ كان قابضًا، ولو استدخَلَت ماءه دون الوطءِ لم يكنْ قابضًا، وفي مسألتنا لو كان قد علَّق طلاقَها علىٰ براءة الرحم في النكاح الأوَّلِ، فكيف يُقَدَّرُ شاغِلًا رَحِمَها؟

❊ **فإن قيل**: الشرعُ ليس ينظر إلىٰ عين الماء؛ لأن ذلك مما يعسُرُ الاطلاعُ عليه، وإنما يُنظَرُ إلىٰ سببٍ ظاهرٍ.

۞ **قلنا**: فلا تنظروا إليه، فالسببُ الظاهر المعتَبَرُ شرعًا هو الوطءُ، ولم يَجْرِ لا دوامَه ولا ابتداءَه.



❊ **مَسْألة: إذا أقرَّتْ بانقضاء العدة، ثم أتت بولدٍ لزمانٍ يحتمِلُ أن يكون العلوقُ به في النكاح، لَحِقَ النسبُ؛ إلا إذا نَكَحَتْ زوجًا آخر واحتمل**

= المجموع، للمطيعي، ١٨/١٦٥، ومغني المحتاج إلىٰ معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ٥/٩٤.

أن يكونَ من الزوج الثاني، فيُلْحَقُ الولدُ، ولكِنْ بفراش الزوج الثاني[١].

وقال أبو حنيفةَ: مهما احتمَل ذلك واحتمل حصولُه بعد مُضِيِّ العدَّةِ لم يُنْقَضْ قولُ المرأة، وقُدِّرَ الولدُ مِن نكاحٍ آخَرَ لم يظهَرْ لنا[٢].

والمعتمد في المسألة أنها لو لم تخبِرْنا بانقضاء عدتها لَلَحِقَ الولدُ، ولا سببَ إلا إمْكانٌ سَلِمَ عما هو ناسخٌ له، والإمكانُ لا ينقطع بقولها؛ فإنها بنتٌ على الظاهر في رؤية الدم، والحاملُ ترى الدمَ، ولو قالت: رأيت الأقراءَ الثلاثةَ، وأنا متثاقلةٌ ومُرتابةٌ فيما في الرحِمِ لَلَحِقَ الولدُ، فإذا قالت: انقضت عِدَّتي، فلا مستندَ لقولها إلا ظَنٌّ يُحكم به في الظاهر لحاجةِ النكاح، ثم تَغَيَّر لَحِقَ النسبُ؛ كما لو انقضى عليها ثلاثةُ أشهر وكانت من ذوات الأشهر، وكما لو أَخبرت بانتفاء العدة بسبب عدمِ الوطء، ووافقها الزوجُ على ذلك، فإنهما لو توافقا/ على أن الطلاقَ جرى قبلَ المسيس؛ فإنها تُسَلَّطُ على النكاح، ثم لو أتت بولد لزمان محتمِلٍ لَحِقَ ونُقِضَ الحكم بالتحليل المبنيِّ على قولها؛ بل هذا أولى؛ إذ لم يُعرفْ إلا بقولها، وذلك عُرِفَ بقولِ الزوجين؛ أعني: عدمَ الوطءِ، والقولُ قولهما.

[١/٣٠٨]

---

(١) ينظر: الأم، ٥/٢٣٥، والحاوي الكبير، ١١/٢١٤، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٨/٣٧٨، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٨/٢٤٣، وهو قول الإمام مالك وأحمد. ينظر: المدونة، ٥/٢٣٥، وسائل الإمام أحمد بن حنبل، للمروزي، ٤/١٥٦٠.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٦/٤٩، وبدائع الصنائع، ٣/٢١٣، والاختيار لتعليل المختار، ٣/١٧٩، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/٤٢، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ١/٤٠٧، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤/١٧٣، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ١/٤٧٥.

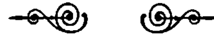
والآخرُ أنَّ ذاك يُعلم يقينًا؛ فإن الولد مع فَقْدِ الوطء محالٌ، والحمل مع صورة الأقراءِ ممكنٌ، وقد زادوا علينا فقالوا: لو علَّق طلاقَ امرأةٍ علىٰ نكاحها ونكَحها أو نكح امرأةً وطلَّقها في مجلس القاضي، فأتتْ بولدٍ لستةِ أشهرٍ لَحِقَ، فَلِمَ يشترطوا إمكانَ الوطء، فكيف نَفَوُا النسبَ ها هنا مع الإمكان.

❊ **فإن قيل**: إذا أقرَّتْ فقد حَكَم الشرعُ بتصديقها، فلا نكذِّبُها إلا بقاطعٍ، ولذلك إذا نَكَحتْ زوجًا آخر لم يُنقَضْ قولها، فإذا قالت: نكحتُ زوجًا آخرَ ومات، ولم يظهرْ لنا، ينبغي أن يُقْبَلَ، وإذا قُبِل ذلك فإذا سكتت فذلك محتمل، فليقَدَّرِ الولدُ نسيبًا من مجهولٍ نكَحَها، ولم يظهر لنا؛ إذ لا ضرورةَ في التكذيب، وإذا نفيْتُم بدعواها النكاحَ وبإمكان النكاحِ، فلو قالت: ما نكحتُ؛ ينبغي أن يُكَذَّبَ في هذا، وتُصَدَّقَ في الأول، ويقدَّر جريانُ نكاحٍ آخر نظرًا للولد، ولكن يقالُ: لم يظهَرْ ذلك النكاح.

والجواب: أنه إذا ظهر النكاح أُلحق بطريق الترجيح بالثاني؛ فإن فراشه ناسخٌ، وإذا لم يظهر فإذا قالت: ما نكحت زوجًا، أو سكتت أوجبَتْ لحوق الولد قطعًا، وإن قالت: نكحتُ زوجًا آخر، ولم يظهر لنا؛ فلا نصَّ فيه وفيه احتمالٌ ونظرٌ مذهبيٌّ، ولسنا نزيد في المناظرة علىٰ مقابلتهم بمثله فيما إذا ادَّعَتِ انتفاءَ العدم بعدم الوطء، أو كانت من ذوات الأشهُرِ؛ فإنه لو طرأ نِكاحٌ ثانٍ، فلا يُلحَقُ بالأول، وإن لم يطْرَ[1] يُلْحَقُ، فنُورِدُ عليهم هذه

(١) كذا في الأصل، ويخرج علىٰ إجراء الفعل المهموز مجرىٰ المعتل في حالتي جزم المضارع وبناء الأمر، فالأصل هنا: «يطرأ»، ثم أبدلت همزته ألفا؛ فصارت: «لم يطرا»، ودخل الجازم بعد الإبدال، فحذفت الألف للجزم «لم يطر». وانظر: عمدة القاري، ٣/١٠٥ - ١٠٦.

الصورةَ، وقولُنا فيه قولُهم، وعذرُنا عذرُهم، وغرضُنا أن دعوىٰ الانقضاء الذي تنفرد به المرأة عن ظنٍّ لا يزيد علىٰ دعوىٰ الانتفاء الذي يتَّفِقُ عليه الزوجان عن قَطْعٍ.



❁ **مَسْألة: العِدَّتان لا يتداخلان مِن شخصَين عندنا**[1]؛ خلافًا لأبي حنيفة[2]، فنفرض الكلام فيما إذا طلَّقَها الزوجُ ووطئها بالشبهة واطِئٌ وأحبَلها وأتت به لمدَّةٍ لا يحتمل أن يكون العُلوقُ به من النكاح، ونقول في هذه الصورة: لا تنقضي عدَّةُ الزوج بوضع هذا الحَمْلِ؛ لأنه حَمْلٌ مَنْفِيٌّ عن الزوج فلا تنقضي بوصفه عِدَّتُه كما إذا كان من الزنىٰ، فإن فرَّقوا بين ذلك وبين حمل الزنىٰ انتقض عليهم بالحمل المقارن؛ فإنهم سوَّوا بينهما في امرأةِ الصبي كما سبق، وإن سَلَّموا أنَّه لا تنقضي عدةُ الزوج بهذا الحمل قِسْنا عليه ما إذا لم يجْرِ الإحبالُ، ولا يجدون فصلًا بحالٍ، وهذا يُغْني عن التحَكُّكِ بإشكال المسألة.

---

(١) ينظر: الأم، ٥/٢٣٣، والحاوي الكبير، ١٠/٣١٥، والمهذب، للشيرازي، ٣/١٣٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥/٢٥٨، والوسيط، ٦/١٣٦، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١١/١٣١، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٨/٣٨٥، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: الهداية، لأبي الخطاب الكلوذاني، ص٤٨٦، والمغني، ٨/١٢٤، والمبدع شرح المقنع، ٧/٩٦، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٩/٣٠٠، وكشاف القناع، ٥/٤٢٧.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٦/٤١، وتحفة الفقهاء، ٢/٢٤٧، وبدائع الصنائع، ٣/١٩٠، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢/٢٧٦، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/٣١، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ١/٤٠٣، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤/١٥٦.

وإن أردنا أن نخوض غَمْرَتَها فالمعتمُد أن أداء فِعلَين مقصودين من محلٍّ واحد في وقت واحد غيرُ معقولٍ، ولذلك مَن وجب عليه الصومُ بالظهار، واليمينُ لا يتداخلُ، ولا فرْقَ بين العدة والصوم؛ فإن العدة حقيقتُها إمساكٌ وكَفٌّ عن أمور وجب تعبدًا لله تعالىٰ كالصوم بعينه لا يخالفه إلا فيما عنه الإمساكُ، فإنه جِماع ونكاح وتطيُّبٌ وخروجٌ وزينةٌ، وفي الصوم أكْلٌ وقَيءٌ وجِماعٌ فقط، ويخالِفُ في المدَّة فإن ذلك ينقضي إذا تبدَّلَ بياضُ النهار بسواد الليل، وهذا ينقضي إذا تعاقَبَ بياضُ النقاء وحمرة الأقراء ثلاثًا/، [٣٠٨/ب] ويخالفه في أن ذلك يفتقر إلىٰ النية، وهذا لغلبة حق الآدمي عليه لم يَفتقِرْ إلىٰ النية، فهذا اختلافٌ، ويرجع إلىٰ مدة الكفِّ وشرطِها وما عنه الكَفُّ، ولا يرجع إلىٰ نفس الإمساك والكف، فإذًا هي مأمورةٌ بأن تصوم صومًا مخصوصًا ثلاثةَ أشهر بطلاق الزوج وثلاثةَ أشهر بوطءِ الشُّبهة، فضاهىٰ صومَ شهرين بالظهار وشهرين بالقتل من غير فرقٍ، وهذا لا غموض فيه مهما ثبت أن الكفَّ هو المقصود من العدة من حيث إنه فعْلٌ لا من حيث إنه تُرِكَ لمحظوراتٍ نهي عنها قصدًا.

❊ فإن قيل: لا نسلِّمُ أن فعل الكف مقصودٌ بالإيجاب من العدة، وإنما المقصود تأخير النكاح والجماع إلىٰ مُضيِّ الأجَلِ، فإذا كان المقصودُ هو التركَ فتركُ أشياءَ متعددةٍ في وقت واحد يمكِنُ؛ إذ لا يجمع الإنسان فِعْلًا بين الصلاة والزنىٰ، ويجمع في الترك بينَهما، فقد حرُم النكاحُ عليها بعلَّتين، فصار كما إذا حرم الجماعُ علىٰ المرأة بالصوم والإحرام والحيض، فيتأدَّىٰ الانتهاء عن الكل في حالة واحدة.

۞ قلنا: ولو قُلِبَ هذا في الصوم وقيل: المقصودُ ألَّا يأكُلَ ولا يشربَ

ولا يجامِعَ، واستُدِلَّ عليه بأنه لو نوىٰ ليلًا وغمَره النومُ أو الإغماءُ حتىٰ انقضىٰ النهار صَحَّ صومُه، ولو كان الفعل مقصودًا لمَا صَحَّ دون القصد المقارن وصرف القدرة إليه، ولكن قيل: عُرف أن المقصود منه الفعلُ؛ لأنه تُعبِّدَ به بصيغة الأمر لا بصيغة النهي؛ إذ قال: «**صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ**»[1]، إلىٰ غير ذلك من الصِّيَغ، ففُهم أن الكَفَّ والإمساك مأمورٌ به فكذلك قال: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾[2]، والتربُّص فعلٌ كالكفِّ، والعَدَمُ المحْضُ ما يصِحُّ وصْفُ الجماد به، ويجوز أن يقالَ في وصف الحداد: إنه لم يتحركْ. ولا يجوز أن يقالَ: كَفَّ عن الحركة. فكذلك التربض فِعلٌ لا يوصف فيه إلا من يُتصور فيه الفِعلُ كالصوم، وكذلك ورد بلفظ الاعتدادِ، وهو فعلٌ، وعلىٰ الجملة هو مشتمِلٌ عليه، واللفظ دالٌّ عليه، فإبطاله وإخراجُه عن كونه مقصودًا تحَكُّمٌ من غيرِ مُستندٍ[3].

---

(١) أخرجه البخاري (١٩٠٩) باب قول النبي ﷺ «إِذَا رَأَيْتُمُ الهِلَالَ فَصُومُوا، وَإِذَا رَأَيْتُمُوه فَأَفْطِرُوا»، ومسلم (٤/١٠٨٠)، (١٨/١٠٨١، ١٩) باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال، والفطر لرؤية الهلال، وأنه إذا غُمَّ في أوله أو آخره أكملت عدة الشهر ثلاثين يومًا.

(٢) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٢٨).

(٣) أصل الحنفية في ذلك أن الأمر بالشيء يقاضي كراهة الضد، ولم يكن ضده مفسدًا للعبادة إلا أن يكون مفوتًا لما هو واجب بصيغة الأمر، ولكن يكون مكروهًا في نفسه، وكذلك النهي عن الشيء يقتضي إثبات سنية الضد، وبيانه مثلًا أن المأمور بالقيام في الصلاة إذا قعد لا تفسد صلاته؛ لأنه لم يفت بهذا الضد ما هو الواجب بالأمر، وهو القيام إذا أتىٰ به بعد القعود، ولكن القعود مكروه في نفسه، ولكون النهي مقتضيًا في ضده ما بينا من صفة السنة فلا ينعدم بالضد ما هو موجب صيغة النهي؛ فإن ركن العدة الامتناع من الخروج والتزوج ثبت ذلك بصيغة النهي التي في قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا يَخۡرُجۡنَ﴾، وقال: ﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ﴾ فإن فعلت ذلك لم ينعدم به المأمور الذي هو ركن الاعتداد، حتىٰ تنقضي=

❊ فإن قيل: المستند فيه أن الله تعالىٰ سماه أجلًا؛ إذ قال ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ﴾(١)، وقال ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾(٢)، وكأنَّها تستحق النكاح وليس لها الاستيفاءُ إلا بعدَ ثلاثة أشهرٍ؛ كما يستحق الإنسان دَينًا علىٰ شخصين وقد أجَّلَ كلَّ واحد بثلاثة أشهر، فإنه ينقضي الأجلان في مدة واحدة لا بطريق التداخل بل بطريق التأدِّي علىٰ الكمال؛ إذ المستحَقُّ عليه ألا يطالِبَ كلَّ واحد بثلاثة أشهر وقد وفَّىٰ، فكذلك المستَحَقُّ عليها لكل واحد من الواطِئَينِ ألَّا تُلَوِّثَ فراشه بالنكاح إلىٰ ثلاثة أشهر، فقد وُفِّي لهما علىٰ الكمال، وكذلك التحريم الحاصل بالطلقات الثلاث لما أجِّلَ بنكاح زوجٍ محلِّلٍ، فلو ثبت لجماعة ينقضي بمحلِّلٍ واحدٍ؛ إذ معناه تأخير نكاحها إلىٰ أن يطأها زوجٌ، فإذا وطئها زوجٌ واحد فقد انقضىٰ أجَلُ الأزواج كلِّهم، وحَلَّ لهم.

❁ قلنا: كما سمَّاها أجلًا فقد سماها تربصًا واعتدادًا، فليُجمَعْ بينَهما، وليُقْضَ بأن تحريم النكاح الذي كان قبل الطلاق تمادىٰ إلىٰ مُضيِّ ثلاثة أقراءٍ،

= العدة، بخلاف مسألة الكف في باب الصوم، فإنه واجب بصيغة الأمر نصًّا قال تعالىٰ: ﴿ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾ فينعدم الأداء بمباشرة الضد وهو الأكل، وهذا بيان الفرق بين باب الصوم وباب العدة، وعلىٰ هذا فإن العدتين تنقضيان بمضي مدة واحدة؛ لأن الكف في العدة ثابت بمقتضىٰ النهي، ولا تضايق فيما هو موجب النهي نصًّا وهو التحريم، ولا يتحقق أداء الصومين في يوم واحد لتضايق الوقت في ركن كل صوم، وهو الكف إلىٰ وقت، فإنه ثابت بالأمر نصًّا، ولا يتحقق اجتماع الكفين في وقت واحد. ينظر: الأصول، للسرخسي، ١/٩٨، وكشف الأسرار، ٢/٣٣٥.

(١) سورة الطلاق، جزء من الآية (٤).

(٢) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٣٤).

١/٣٠٩ فهو في حقه/ أصل، ووجب التربُّص بالطلاق مقصودًا، وإذا أمكن الجمع بين الكلِّ فلا سبيلَ إلىٰ تعطيل البعض، والبابُ بابُ التعبُّدِ وتَرْكِ الرأيِ والقياسِ.

❊ فإن قيل: الأجل عبارة عن تأخير الإطلاق فقط، وإذا جُعل الفعلُ مقصودًا صار الأجل ها هنا تقديرًا للفعل كالصوم، وليس في الصومِ أجَلٌ محقَّقٌ، فيصير مجازًا.

۞ قلنا: وأنتم إذا حملتم علىٰ التأخير المجرَّدِ أبطلتم التربُّصَ والاعتدادَ، وما ورد علىٰ صيغة الفعل أبدلتموه بنوعِ مجازٍ، ثم الأجل الحقيقي ما يتْبَعُ دَينا مقصودًا ولا يكونُ الأجل في نفسه مقصودًا، ولا ذاهِبَ من الأمَّةِ إلىٰ أن العدةَ غيرُ مقصودةٍ بالوجوب عليها، ومستحِقُّ الدَّينِ لا يجب عليه شيءٌ مقصود، ولكنه ممنوعٌ عن المطالبة، وأما العدة فوظيفة مقصودة وجبت بسببٍ مقصودٍ، فكيف نقدِّرُ أجَلًا محضًا؟ فإن كانت هي كمستحِقِّ الدَّينِ فمن الذي عليه الدَّينُ؟ وليس علىٰ الزوج وجوبٌ حتىٰ تكونَ هي صاحبةَ الأجلِ فتُشَبَّهَ بمستحِقِّ الدَّين علىٰ شخصين، بل عليها الدَّين المقدر بمدةٍ كما علىٰ المظاهِرِ والقاتل.

❊ فإن قيل: لو كان الفعل مقصودًا لما انقضىٰ مع غير عِلْمها، ولو لم تشعر بالطلاق والوفاة حتىٰ انقضت العدة وهي خارجةٌ ومتطيِّبة ومتزيِّنة انقضت العدةُ.

۞ قلنا: الأصلُ الكَفُّ عن الجماع، فإن كانت مجامَعةً لم تنقضِ العدةُ، وأما الخروج والتطيُّبُ: تابعٌ عندنا في الكف؛ كما أنه تابعٌ عندهم في الترك، وكما أن ترْكَ الغِيبة في الصوم تابعٌ، وترك الصيد واللُّبس في الحجِّ، وهو




كما لو انقضىٰ اليوم علىٰ الصائم وهو نائم أو مغمًىٰ عليه.

❊ **فإن قيل**: لو كان الفعل مقصودًا لما وجب علىٰ الصِّبْية والذمِّيَّةِ؛ فإن العبادات لا تجِبُ عليهما.

❊ **فإن قيل**: لو كان الفعل مقصودًا لما وجب علىٰ الصبيَّةِ والذمية؛ فإن العبادات لا تجب عليهما.

۞ **قلنا**: ليست هذه عبادة بل تجب للآدمي ولله فيه حقٌّ، ولو آجَر الوليُّ صبيًّا لعمَلٍ لوجب عليه العملُ، فمثل هذا الوجوب لا ينافيه الصِّبَا، الدليلُ عليه أن النهي عندكم ثابت في العدة، والصِّبَا ينافي التكليف نهيًا وأمْرًا، ثم ثبت هذا في حقِّ الصبيَّةِ التي هي ابنُ مهْدِها إذا مات عنها زوجُها حتىٰ حرُم تزويجها قبل انقضاء العدة.

❊ **فإن قيل**: الفعل لا يجب للآدمي علىٰ الآدمي من حيث إنه تكليفٌ وامتحانٌ، وإنما يجب من حيث إنه يحصِّلُ له منفعةً، وإنما يحب لله بطريق الامتحان، ولا منفعةَ للآدمي في هذا الفعل من حيث إنه فعلٌ، وإنما منفعته في ترْكِ الجماع والنكاح، وذلك قد توفَّر علىٰ الكمال، وإن وجب امتحانًا لله فَلِمَ وَجَبَ علىٰ الصبيَّةِ والذمية؟

۞ **قلنا**: ولا فائدة للميت في ترك المرأةِ النكاحَ أربعةَ أشهر وعشرًا، وقد مات قبل المسيس، ولكِنَّ الشرعَ أوجبه قضاءً لحقِّ نكاحه تعبُّدًا، فوجب الإتيانُ به، فلا سبيل إلىٰ جَحْده.

❊ **فإن قيل**: سلَّمنا لكم أن الفعل مقصودٌ، ولكِنَّ محل الفعل متعدِّدٌ؛

فإن محل الفعل هو الماءُ، فيجب عليها أن تحفَظَ ماءَ الزوج في رَحِمِها مدةً، وماءَ الواطِئِ مدةً، فهو كما لو استأجر إنسانًا ليحفظ ثوبَه في صندوق يومًا، واستأجر إنسانًا آخرَ لحِفْظ ثوبٍ آخرَ يومًا، فحَفِظَ في يومٍ واحدٍ كلاهما، استحَقَّ الأُجْرتين؛ لأنه وفَىٰ بالعملين جميعًا؛ إذ لا يبعُدُ الجَمْعُ بين فعلين في وقتٍ واحدٍ إذا تعدَّد محلُّ الفعلِ.

[٣٠٩/ب] والجوابُ: أنَّ هذا تجريدُ نَظَرٍ إلىٰ/ غرضِ براءة الرحم، وهو مقصودٌ ولكنه غيرُ متجرِّدٍ بل معه تعبُّدٌ لا يُعقَلُ معناه؛ بدليل ما لو عَلَّق طلاقَها علىٰ براءة الرحم فإنه يجبُ معه العدةُ، وقيل: وجب عليها كفُّ فرْجِها عن الوِقاعِ وبدنِها عن الطيب والخروجِ، ونَفْسِها عن النكاح، ومحلُّ الكلِّ واحدٌ، والرحِمُ واحدٌ، وليس العمل علىٰ الماء؛ فإنه واجبٌ بوجودِ الرحم والفَرْجِ والبدن مع فَقْدِ الماء، فإذًا مَدارُ نظرِنا علىٰ الجمع بين البراءة والتعبُّدِ والتربُّصِ والكفِّ والانتهاءِ إلىٰ مدةٍ، ونظرُ أبي حنيفة يُبْتنىٰ علىٰ إبطال الكُلِّ وتجريدِ الترك المحْضِ، فيصير أجلًا، أو تجريدِ النظر إلىٰ براءة الرحِمِ، وهو تحكُّمٌ في محل التعبُّدِ، فالاحتواءُ علىٰ الكلِّ، وسلوكُ مسْلَكِ الاحتياطِ أَوْلىٰ.

* فإن قيل: فَلِمَ قلتُمْ: إنَّ العِدَّتين يتداخلان من شخص واحدٍ؟ وهلَّا مِلْتُم إلىٰ جانِبِ الاحتياط!

* قلنا: لأن سببَ العدةِ وطءُ شخص محترمٍ عندنا، والشخص واحدٌ، فتكرُّرُ الوطَئات بعد الطلاقِ وقبلَه كتكريره في دوام النكاح؛ بل كتكريرِ الإيلاج في وَطْئةٍ واحدةٍ، ولو نُظِرَ إلىٰ الماء، فتوالي القَطَراتِ في دَفْقاتٍ كتواليها دفعةً واحدةٍ، فتتَّحِدُ باتِّحاد الشخْصِ الحرمةُ، وتتعدَّدُ بتعددِها كالقذف

يتعدَّدُ حدُّه إذا تعدَّد المقذوف، ويتَّحِدُ مهما اتَّحَد، وإنْ تكرَّرَتِ الصيغةُ؛ لأن المحلَّ المحترَمَ واحدٌ، والله أعلم.



❁ **مَسْألَة: المستولَدةُ إذا عتقت بإعتاق سيدها أو بموته لَزِمَها الاستبراءُ بقُرءٍ واحدٍ**[1]؛ وقال أبو حنيفةَ: تعتدُّ بثلاثةِ أقْراءٍ[2].

فنقول: عِتْقٌ طرأ على مملوكةٍ، فلا يستعقبُ التربُّصَ بثلاثةِ أقراءٍ؛ كما لو أعتقها بعد أن أقرَّ بوطئها، وأتتْ بولدٍ، والتحقيقُ فيه أن التعدِّيَ في الإقراء نِيطَ شرعًا بزوال النكاح، والزائلُ ها هنا مِلْكُ يمينٍ، فلا يساوي زوالَ النكاحِ، كيف وَلِما كان حُرمةُ نكاح الآمة دون نكاح الحرَّةِ لم يسْتَويا في قَدْرِ العِدَّةِ؟ فكيف تساوي المملوكةُ المنكوحةُ؟

❁ **فإن قيل**: لَمْ يتعلَّقْ بزوال النكاح من حيث إنه نكاحٌ؛ بل من حيث إنه فراشٌ مُوجِبٌ للنسب، ولذلك تعلَّقَ بالوطءِ بالشبهة ولا نكاحَ، ولكنه بسببِ فراشٍ يوجب النسبَ، والمستولدةُ فراشٌ؛ بدليل لحوق النسب دون الإقرارِ والاستلحاق، وقد قال ﷺ: «**النَّسَبُ للفِراشِ**»[3].

(١) ينظر: مختصر المزني، ٨/٣٣٠، والحاوي الكبير، ١١/٣٢٩، والوسيط، ٦/١٦٤، وجواهر العقود، ٢/١٥٩، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: الفواكه الدواني، ٢/٦١، وحاشية العدوي، ١/٢/١٢٤، ومختصر الخرقي، ص١٦٧، والمغني، ١٠/٤٨٢.

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء، ٢/٢٤٤، وبدائع الصنائع، ٣/١٩٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/٢٨، والبناية شرح الهداية، ٥/٦٠٥.

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٥٣، ٢٢١٨، ٢٤٢١) وغيرها في أبواب مختلفة، ومسلم (١٤٥٧/٣٦، ٣٧) باب الولد للفراش وتوقي الشبهات.

۞ **قلنا:** الفراش عبارة عن محلِّ الاستفراش، فإن لم تريدوا إلا هذا القدْرَ؛ فالعِدَّةُ لا نُسَلِّمُ أنها منوطةٌ به؛ بل هي منوطةٌ بالنكاح أو شُبْهتِه، فَلِمَ قلتم: إنها منوطةٌ بالفراش فقط؛ مع أن الأَمَةَ المنكوحةَ مُفْتَرَشةٌ، وليس عليها إلا قَرْآنِ؟

وإن قنعتم بهذا القدر فعِدَّةُ الوفاة تجِبُ بانقطاع الفراش بالموت، فَلِمَ لا يجِبُ على المستولَدةِ؟ فإن قلتم: نِيطَ ذلك بانتهاء الفراش، وفراشُ المستولدة ينقطِعُ ولا ينتهي.

۞ **قلنا:** وأيُّ فرقٍ بين الانتفاء والانتهاء، فإن أمكَنَ أن يُعْتَبَرَ هذا الفرقُ، فالفرق بين فراش الملك وفراش النكاح يزيدُ عليه، والدليلُ عليه ثلاثةُ أمورٍ؛ **أحدها:** انتفاء نسب المستولدة بمجرَّدِ النفي عندهم ودَعْوى الاستبراء عندنا، ولو كان/ هذا فراشًا لَنِيطَ به النسبُ كالنكاح حتى لا ينفع النفيُ. [٣٠١/أ]

والآخرُ: أنه يزوِّجُها مِن غير عدةٍ عندهم، ومتى عُهِدَ تبديلُ الفراش ونقْلِه على هذا الوجه فقد انقطع فراشُه بالتزويج، ولذلك يحوَّلُ ثبوتُ النسب إلى الزوج، ثم لم تجِبِ العدةُ أصلًا لمكانِ أنهم قالوا: لم يزُلْ سببُ الفراش، وهو الملكُ، وفي النكاح زال السببُ، وهو العقدُ، فإذا التفتوا إلى هذا القدْرِ هَلَّا لَاحظوا الفروقَ التي ذكرناها.

والثالث: أنه لا حَصْرَ في هذا الفراش، ولا يُحرِّمُ نكاحَ الأختِ وأربعًا سِواها، فهذه الفروقُ تزيدُ على فرق الانقطاع والانتهاء في عدة الوفاة، وفرقِ زوالِ سببِ الفراش في انقطاع فراشها بالتزويج وبما يطرأ مِن ردَّةٍ وحُرمةِ

مصاهرةٍ؛ فإن كل ذلك لا يوجب التربُّص بثلاثةِ أقراءٍ[1].

❊ فإن قيل: إنْ بعُدَ الإلحاقُ بالنكاح فإلحاق عِتق المستولدة المفترَشة بالمملوكة أبعَدُ؛ فإن الاستبراءَ بحَيضةٍ لم يُشرَعْ إلا في حقِّ المشتراة والمَسْبِيَّةِ التي لا فِراشَ لها بحالٍ، وشُرِعَ بعدَ جَريانِ سببِ الحِلِّ، ولم يُشرَعْ قط قبلَه، فدارَتِ المستولدةُ المفترَشةُ بينهما، فإلحاقها بالمشتراة مع الافتراق في جريان سببِ لحوقِ النسبِ بعيدٌ، كما أنَّ إلحاقَها بالمنكوحة بعيدٌ، فتقابَل الأصلانِ، ولا بُدَّ من ترجيحٍ؛ فإيجابُ العَددِ لجريان أصل الفراش أقربُ إلىٰ الاحتياط، ثم كمالُ العِدَّةِ أُخِذَ من كمالها بالحرية حالةَ العِدَّةِ؛ فإن الأمة المنكوحةَ لو عُلِّقَ عِتقُها علىٰ الطلاق تعتَدُّ بثلاثة أقراءٍ؛ فهذا أقربُ الأسئلةِ في المسألة.

والجوابُ: أنَّ الاستبراء بقرءٍ واحدٍ عند توهُّمِ خلط الماءِ ولو علىٰ بُعْدٍ

---

(١) قد يجاب علىٰ ما ذكره المصنف أن هذه الفروق التي ذكرها بين فراش النكاح وفراش الملك لا تخرجه عن كونه فراشًا، وإن كان فراشًا أضعف من فراش النكاح، وما يعني الحنفية هنا هو ثبوت مطلق الفراش لا ثبوت الفراش المخصوص بصفة معينة، فلا تلزمهم تلك الفروق التي عدها المصنف ﷺ، فإذا سلم لهم ثبوت الفراش، تبعه ثبوت العدة لزوال هذا الفراش، وهي طريقتهم هنا، قال الكاساني: «الواجب عدة وليس باستبراء إلا أنهم سموه عدة، والعدة لا تقدر بحيضة واحدة، والدليل علىٰ أنه عدة أنه يجب علىٰ الحرة، والحرة لا يلزمها الاستبراء، وإذا كان عدة لا يجوز تقديرها بحيضة واحدة كسائر العدد؛ ولأن هذه العدة تجب بزوال الفراش؛ لأن أم الولد لها فراش إلا أن فراشها قبل العتق غير مستحكم بل هو ضعيف؛ لاحتماله النقل إلىٰ غيره، فإذا أعتقت فقد استحكم فالتحق بالفراش الثابت بالنكاح، والعدة التي تجب بزوال الفراش الثابت بالنكاح، وهو النكاح الفاسد، مقدرة بثلاثة قروء، ولهذا استوىٰ في الواجب عليها الموت. يظر: بدائع الصنائع، ١٩٣/٣.

مشروعٌ، ثم تارةً يُفرَضُ عند جريان سبب الحلِّ إن كان الجاري هو الشِّراء الذي لا يبعُدُ تراخي حلِّ الوطء عنه، وتارةً يُشرع قبله إن كان الجاري هو النكاحَ، ولذلك نقول: الجاريةُ الموطوءة لا تزوَّجُ إلا بعد الاستبراء بقرءٍ واحدٍ حِذارًا مِن الجَمْعِ بين الماءَينِ، وهم لم يكتَرِثوا به.

أما العَددُ فقد نِيطَ بزوال النكاح، وزوالُ الملك ليس في معناه، والأصلُ الاكتفاء بقرءٍ؛ فإنه تحصُلُ به البراءةُ، فزيادةُ العَدد ثبت بطريق الاحترام، وكيف يُدَّعىٰ مساواةُ حرمةِ الملك حرمةَ النكاح؛ مع ما عدَّدْناه من الفروق؟! وهلَّا ألحقوا ما إذا أعتقها بعد الإقرار بالوطء وقبل الاستلحاقِ! وهلَّا ألحقوا ما إذا زال فراشُ المستولدة بحُرمة المصاهرة والرِّدَّةِ والتزويج بزوال فراشِ النكاح.

وقولُهم: إنكم سوَّيتم بين زوال الفراش واستبراء الملك، وهو دونه في الحُرْمة، وهو بعيدٌ؛ كيف يحسُنُ منهم وهم أنكروا هذا القَدْرَ من الحرمة أيضًا في إعتاق الموطوءة وتزويجِها وتزويجِ المستولَدةِ، ولم يوجبوا قرْءاً واحدًا حِذارًا من جمع الماءين؟

فدلَّ أن الأصل الاستبراءُ بقرءٍ واحد أبدًا؛ لتوهُّم الخلع أو تحقُّقِه، وأن العَددَ حرمةٌ نيطت بالنكاح، ولا يساوي ملكُ اليمينِ النكاحَ في الحرمة.



مَسْألَة: المبتوتةُ الحائلُ لا تستحِقُّ النفقةَ[1]؛ ....

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ١١/٢٤٦، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٩/٢٨٦، وجواهر العقود، ٢/١٥٤، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: المدونة، ٢/٤٨، والكافي في فقه أهل المدينة، ٢/٦٢٧، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٤/١٨٩، والمغني،=

خلافًا له[1]، ولا خلاف في أن الحامِلَ تستحِقُّ، وأن السُّكْنىٰ يجِبُ[2] لها حاملًا كانت أو حائلًا، ومعتمدُ المذهب في الفرْقِ والجمْعِ قولُه تعالىٰ/: [٣١٠/ب] ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ إلىٰ قوله: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾[3]، أوجب السكنىٰ مطلقًا بكل حالٍ، وشَرَط في النفقة كونَهنَّ ذواتِ حملٍ؛

= ١٦٤/٨، وشرح الزركشي علىٰ مخاصر الخرقي، ٢١/٦، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٦١/٩.

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٢٠١/٥، وبدائع الصنائع، ١٦/٤، والمحيط البرهاني، ٥٥٣/٣، الاختيار لتعليل المختار، ٨/٤، والبناية شرح الهداية، ٦٨٩/٥.

(٢) كذا في الأصل، والجادة: «تجب» بالتاء، وإثبات الياء جار علىٰ ما ذهب إليه ابن كيسان: أن الفعل إذا كان مسندًا إلىٰ ضمير المؤنث لا يجب إلحاقه علامة التأنيث، فيجوز أن يقال: هند ذهب، والشمس طلع، ووافقه الجوهري إذا كان الضمير يعود إلىٰ مؤنث غير حقيقي، واحتج ابن كيسان بقول عامر بن جوين الطائي [من المتقارب]:

فــلا مزنــة ودقــت ودقهــا ... ولا أرض أبقــل إبقالهــا

وقال: «وليس بضرورة؛ لتمكنه من أن يقول: «أبقلت ابقالها» بالنقل، أي: بنقل كسرة «إبقالها» إلىٰ التاء الساكنة، وقال السيوطي: «وقال ابن كيسان: يقاس عليه [أي: علىٰ هذا البيت]؛ لأن سيبويه حكىٰ: قال فلانة». اهـ. يعني أنه لا فرق بين الإسناد إلىٰ المضمر والمظهر.

ومن شواهد هذا أيضًا قول الشنفرىٰ في قصيدته لامية العرب [من الطويل]:

فلـم يـك إلا نبـأة ثـم هومـت ... فقلنـا: قطـاة ريـع أم ريـع أجـدل؟

وقول الأعشىٰ [من المتقارب]:

فإمــا ترينــي ولــي لمــة ... فــإن الحــوادث أودىٰ بهــا

والجادة: قطاة ريعت، فإن الحوادث أودىٰ بها.

انظر: كتاب سيبويه، ٤٥/٢ ـ ٤٦، والخصائص، ٤١١/٢ ـ ٤١٢، ومغني اللبيب، ص٦٢٠، وأوضح المسالك ٩٧/٢ ـ ١٠٠، وهمع الهوامع ٣٣٣/٣.

(٣) سورة الطلاق، جزء من الآية (٦).

فهذا نصٌّ في الفرق والجمع.

❊ **فإن قيل**: ليس في الآية إلا إثباتُ النفقة للحاملِ، ونحن نقولُ به، ونَفْيُ النفقة عند عَدَمِ الحملِ تعلُّقٌ بالمفهوم، ونحنُ نُنْكِرُه.

❁ **قلنا**: لا ؛ بل الآية نصٌّ في نصب الحملِ شرطًا لاستحقاق النفقة، فإذا قال الرجل لغلامِه: من دخل الدارَ فأطعِمْه، فإن كان عالمًا فأعْطِه دينارًا ؛ عُلِمَ قطعًا أن كونَه عالمًا شَرْطٌ في استحقاق الدينار، وأن الجاهِلَ لا يستحِقُّ(١).

❊ **فإن قيل**: إنما ذكَر ذلك تنبيهًا بالأدنىٰ علىٰ الأعلىٰ، فإنها إذا كان تستحق النفقةَ مع الحمل، ومدةُ الحملِ تطولُ، فبأن تستحِقَّ دونَ الحمل ومدةُ الأقراءِ تقْصُرُ غالبًا أَوْلىٰ.

❁ **قلنا**: هذه مراوغةٌ في دفْعِ الظواهرِ، فإن النفقةَ إمدادٌ إذا أوجِبَتْ لمن يقومُ بأعباء الأمر في حضانة الولد في البطن، كيف يُنَبِّه ذلك علىٰ وجوبه

---

(١) ما ذكره المصنف ﷺ هنا محل نظر، فمفهوم المخالفة قد وقع الخلاف فيه بين الأصوليين، وبين كونه حجة من عدمه، فكيف ما كان هذا حاله يستفاد من القطع في الأحكام، فمن قال لغلامه: من دخل الدار وكان عالمًا فأعطه دينارًا، دال بالقطع علىٰ استحقاق العالم الداخل الدينار، ولكنه لا يدل بالقطع علىٰ ثبوت خلاف ذلك في غير العالم، نعم قد يدعىٰ الرجحان في ثبوته، ولكن ادعاء القطع أمر مردود بالقطع، وقد وردت في نصوص الشريعة الكثير من الصور التي لا يطرد فيها هذا الحكم كقوله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَـٰفًا مُّضَـٰعَفَةً﴾، وفي قوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟﴾ وفي قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾، وعلىٰ فرض الإجابة عن تلك الآيات، فإن دعوىٰ القطع بعد ذلك في غيرها غير مسلمة كما هو ظاهر.

عند عدمِه، وأما طول العِدَّة فتَطرُّق التباعد إلىٰ الأقراء ـ وقد يتمادىٰ ثلاثينَ سنةً ـ أغلَبُ من تطرُّقِه إلىٰ الحمْلِ، كيف والسكنىٰ لم تخصِّصْه لهذا التنبيه؟ فإطلاق ذاك وتقييدُ هذا قاطعٌ في فنِّه، كيف وقد ورد الحديثُ علىٰ وَفْقِه؛ إذ طلَّقَ زوجُ فاطمةَ بنتِ قيسٍ الثلاثَ ألبتةَ، فسألت النفقةَ، فقال لها رسولُ الله ﷺ: «**لَا نَفَقَةَ لَكِ إِلَّا أَنْ تَكُونِي حَامِلًا**»[(١)].

❊ **فإن قيل**: قال عمر ﷺ لمَّا روَتْ ذلك: كيف نَدَعُ كتابَ ربِّنا وسنَّةَ نبيِّنا بقولِ امرأةٍ لعلَّها وَهِمَتْ أو نَسِيَتْ.

❁ **قلنا**: نقلَت أنه لم يجعَلْ لها رسولُ الله ﷺ السُّكنىٰ، فإنما قال ذلك فإنها كانت بذيئةَ اللسان مستطيلةً علىٰ أحمائِها، فأزعجها رسول الله ﷺ عن مسكَنِ النكاحِ، فكانت لا تنقُلُ السببَ وتنقُلُ الحُكْمَ، ويدُلُّ عليه قولُه: كيف نَدَعُ كتابَ ربِّنا. والكتابُ يشتمِلُ علىٰ السُّكْنىٰ للحامل لا علىٰ النفقة، فإن قاسوا النفقةَ علىٰ السكنىٰ والحائلَ علىٰ الحامل، فلا نزيدهم علىٰ الردِّ بالآية، والخَوضُ في الفرقِ كلامُ مَن لا يفهَمُ مداركَ الأحكامِ؛ فإنَّ القياسَ تَصرُّفُ بعدَ تقريرِ النصوص، ونصُّ الكتاب صريحٌ في الفرق والجمع، واللهُ أعلَمُ[(٢)].

---

(١) لفظ النبي ﷺ: «لا نفقة لك» بدون قوله: «إلا أن تكوني حاملًا»؛ فالأخير من لفظ عياش بن أبي ربيعة والحارث بن هشام، وأقرهما النبي ﷺ، وأخرج الحديث كاملًا مسلم (١٤٨٠/٤١) باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها.

(٢) كذا أوَّل المصنف ﷺ قول عمر: «لا ندع كتاب ربنا» بأن المراد السكنىٰ، لأنها هي التي في كتاب الله، وهذا باطل؛ لأن الأصل أن يكون جواب عمر مطابقًا لقول فاطمة ﷺ، وقد نفت السكنىٰ والنفقة علىٰ حد سواء، فجواب عمر يدل علىٰ أن في كتاب الله تعالىٰ إثبات السكنىٰ والنفقة، وادعاء غير ذلك تحكم، وإخراج للكلام عن ظاهره، والله أعلم.

مسائل الرضاع



❦ مَسْأَلَةٌ: اللبنُ إذا شِيبَ بالماء حتىٰ صار مغلوبًا، ثم وصَل كلُّه إلىٰ جوفِ الصبيِّ تعلَّقَ به الحُرْمةُ[1]، فإن كان الماء بالغًا قُلَّتينِ ففيه وجهان، وكذلك إن شَرِبَ الصبيُّ بعضَ الماء إذا كان دون القُلَّتين[2].

وقال أبو حنيفة: لا تتعلَّقُ به الحرمةُ[3]، وزاد وقال: لو خُلِطَ بدواءٍ فتناوله الصبيُّ لم تتعلَّقْ به الحُرمةُ، وكذلك إذا اتُّخِذ منه الجُبُنُّ[4]، وكذلك

(١) ينظر: مختصر المزني، ٣٣٣/٨، والحاوي الكبير، ٣٧٣/١١، والمهذب، للشيرازي، ١٤٤/٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٣٥٧/١٥، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٥٤/١١، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٤/٩، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: الكافي، لابن قدامة، ٢٢٢/٣، وكشاف القناع، ٤٤٧/٥.

(٢) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٣٥٨/١٥.، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٥٤/١١.

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ١٤٠/٥، وبدائع الصنائع، ٩/٤، والمحيط البرهاني، ٧١/٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٨٤/٢، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٢٤٥/٣، ومجمع الأنهر شرح ملتقىٰ الأبحر، ٣٧٩/١، وهو مذهب المالكية. ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، ١٧٧/٤، والفواكه الدواني، ٥٤/٢.

(٤) قوله: «الجبن» كذا ضبط في الأصل بتشديد النون، قال الفيومي: «والجبن المأكول فيه ثلاث لغات رواها أبو عبيدة عن يونس بن حبيب سماعًا عن العرب أجودُها سكون الباء والثانية ضمها للإتباع، والثالثة وهي أقلها التثقيل، ومنهم من يجعل التثقيل من ضرورة الشعر». ينظر المصباح المنير، ٩١/١.

إذا ثُرِدَ الطعام فيه. وخالفه صاحباه في الثريد[1]، **والمعتمدُ** أن هذا اللبنَ بعينه قبل الخلط بالماء تتعلَّقُ الحرمة بوصوله إلىٰ الجَوفِ، والآن هو بعينه قد وصل إلىٰ الجوف مع غيره؛ إذ عينُ اللبن لم ينعَدِمْ، وإذا فرضْنا في الثريد والدواء كان الكلامُ أظهرَ، أو نفرض فيما لو شِيبَ بلبن البقرة، ونقيسُ علىٰ ما لو شِيبَ لبنُ زينبَ بلبن عَمْرةَ، والحقيقةُ الشاملةُ أن عينَ اللبن هو المختلِطُ، فقد وصل اللبن مع الماء إلىٰ الجوف، فمساوَقةُ الماء إيَّاه كمساوقة لبنِ زينبَ لِلَبنِ عَمْرةَ.

٣١١/أ

❊ **فإن قيل**: بالمزْجِ خرَجَ عن كونِه لبنًا، وتَصَوَّرَ بصورة/ الماء، واتَّصف بطبْعِه واسمِه وحُكمِه، وكان لبنًا باعتبار اسمِه وصفته وطبيعتِه وحكمِه، ولم يَبْقَ شيءٌ منه، أما الاسمُ؛ فإنَّ من حلف علىٰ شربِ اللبن لا يحنَثُ به، وأما الصِّفة فالبياضُ والثخانةُ وقد انمحق بياضُه وثخانته فَرَقَّ برِقَّةِ الماء، واتصفت بصفته، وأما طبيعتُه فالتغذية وإنباتُ اللحمِ وإنشازُ العَظْمِ؛ كما قاله ﷺ[2]، وقد بطَلَتْ هذه الخاصيةُ وتَصَوَّرت بخاصية الماء، فصار مُرْوِيًا مُسَكِّنًا للعطش، لا مغَذِّيًا. وأما الحُكْمُ فهو أن اللبنَ لا يرفَعُ الحدث والخَبَثَ، وصار الماءُ الذي فيه اللبنُ يُتَوَضَّأُ به ويُرْفَعُ به الخبثُ، فتعدَّىٰ إليه حكمُ الماء حتىٰ جاز رفْعُ الحدثِ بجميع قَطَرات هذا الماءِ.

والجوابُ: أنَّا إذا فرضْنا في ثَريد اللبن لم يَطَّرِدْ هذا الكلامُ، وكذلك

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، ٤/٩.

(٢) يقصد قوله ﷺ: «**لا يحرم من الرضاع، إلا ما أنبت اللحم، وأنشز العظم**»، وقد أخرجه أحمد (٤١١٤)، وأبو داود (٢٠٥٩).

إذا فرضْنا فيما إذا شِيبَ بلبن البقرة؛ فإنَّ اللبن يكثُرُ باللبن وإن اختَلَف الحيوانُ؛ كما يكثُرُ لبنُ الشاة بلبَنِ البقر ولا يَستحيلُ صفتَه؛ كما يكثُر لبنُ زينبَ بلبن عَمرةَ، وإن فُرِضَ اختلافٌ بينَ لَبن المرأة والبقرةِ من حيث الطبعُ والتأثيرُ، فكذلك قد يُفْرَضُ بين الصحيحة والمريضة والمحْرورةِ المِزاجِ والباردة في جنس النساء، ثم لا يُنْظَرُ إليه.

والجوابُ الحقيقيُّ أنَّ جميعَ صفات اللبن باقٍ، أما الاسمُ فمن حلَف أن في هذا الماء لبنَ[1] الآن صَدَقَ يمينُه، نعم إذا أطلق اليمين علىٰ شُرب اللبن لم يحنَثْ بهذا إلا لعدم الاسم، ولكنَّ ذلك لا يعتادُ إطلاقُه في مطلق الشرب؛ كمن حلف لا يأكُلُ الرأسَ لا يحنثُ برأس العصافير؛ لا لعدم الاسم؛ بدليل أنه لو حلف علىٰ عصفورٍ بأن هذا رأسٌ مُشيرًا إلىٰ رأسه، كان صادقًا.

وأما البياض والثخانة قائمةٌ، ولكن تَكِلُّ حاسَّةُ البصر عن إدراكه لرِقَّتْه وتفرُّقِ أجزائه، والدليلُ القاطِعُ عليه أنه لو انعَدَمَتْ صفاتُ هذه القطرة للَزِمَ تقديرُ ذلك علىٰ الثانية والثالثة، ومعلومٌ أن موالاتِ القَطَراتِ سببٌ لظهور البياض والثخانة إلىٰ أن يصير الماءُ مغلوبًا، وحيث يظهر لا يمكِنُ أن يقالَ: إنه ظهَر ذلك من القطرة الأخيرة فقط، ولكنْ كلُّ قطرة علىٰ صفتها، وهي لا تُدْرَكُ بالحِسِّ لِقلَّتِها وتفرُّقِ أجزائها؛ كما أنَّ مَن نظَر إلىٰ تقُلُّصِ الظِّلِّ والشمسِ رآهما ساكنين، وهما متحركان بضرورة العقل علىٰ الدوام؛ بدليل

---

(١) كذا في الأصل بحذف ألف تنوين النصب جريًا علىٰ لغة ربيعة، وتقدم التعليق عليها، ويجوز أيضًا أن يكون اسم «أن» ضميرُ الشأن المحذوف، ويكون خبرها قوله: «في هذا الماء لبنٌ».

أنه إذا أُعْلِمَ عليه بعدَ ساعة أُدرك التفاوتُ، وعُلم أنه لم يقفِزْ دفعةً واحدةً، فعُلِمَ أن الحركة دائمةٌ والحِسَّ يَكِلُّ عن إدراكها لدقَّتِها، وكذلك يُنْظَرُ إلىٰ قُرْصِ الشمس فلا يدركُ حركتُه، وهو متحركٌ قطعًا علىٰ الدوام من المشرق إلىٰ المغرب حركةً معلومةً بالحِسِّ أيضًا، ولكِنْ في زمانٍ طويلٍ، فكذا القولُ في بياض اللبن وثخانته وطعْمِه، أما إنباتُ اللحمِ وإنشازُ العظْمِ فهذه الخاصية قائمة بقيام صفة اللَّبَنيةِ، وقد بينَّا أنَّ صفة اللبنيةِ قائمةٌ؛ نعم قد لا يُحسُّ ظهورُ اللحم منه لقلَّتِه وانغماره بالماء، فهو كما لو شَرِبَ قطرةَ لبنٍ وشَرب عليه في الحال كوزَ ماءٍ لا يحصُلُ به الإنباتُ، ولكن يُكْتَفىٰ بوصول عين المغَذِّي إلىٰ جوفه، وإن امتنعت التغذية لمشاركة غيرِه إيَّاه.

وأما الحكمُ فلا يجوز التوضؤُ به، ولا يرتفِعُ به الخَبَثُ، ولكنه لا يسلُبُ اسمَ الماء، ولا يمنَعُ الماء من الجَرَيانِ علىٰ محلِّ الحَدَثِ والخبث/، وإذا [٣١١/ب] جرىٰ الماءُ فجريانُ اللبنِ قبلَه أو بعده لا يضُرُّ، فيكون كما لو أجرىٰ الماء واللبن علىٰ تلاحُقٍ، فليكُنْ في الرَّضاع أيضًا كالمتلاحق.

ثم يُعارِضُ هذا الحكمَ أنَّ القَطرةَ من الخمر إذا وقعت في ماءٍ نَجِسَ، فإن استحالت صفته، فالخمرُ إذا استحالت خلًّا صارت طاهرًا، فإذا استحال ماءً فأَولىٰ بأن يصيرَ طاهرًا، فلمَّا لم يطهُرْ دَلَّ أنه حُكِمَ بأنَّ عينَ الخمر باقية علىٰ صفة الخمرية.

هذا مع أن نجاسته لكونِه مسكرًا تابعًا لوصف الإسكار، فإن بطَل وصفُ الإنبات من اللبن هلَّا بطَل وصفُ الإسكارِ من الخمر[١]!

---

(١) طريقة المصنف هنا وقياسه ظاهر البطلان، وبيان بطلانه أَنْ أَلْحق امتزاج الخمر بالماء=

* فإن قيل: فالخمر دليلٌ عليكم ؛ فإنَّ الحَدَّ لا يجِبُ به، ولو شَرِبَ قطرةَ خمرٍ وشَرب عليه كوز ماء وجب الحدُّ، فهلا قيل: وصل عينُ المسكر إلىٰ جوفِه فيلزمُه الحدُّ!

* قلنا: لأن الحد يتعرَّضُ للسقوط بالشُّبْهة، ومعنىٰ الشبهة أن يتصور بصورةِ المُسقطِ ولم تتحقَّقْ حقيقتُه، وقد تصوَّرُ الخمرُ في حقِّ حاسة البصر

= وامتزاج اللبن بالماء، ووجه الإلحاق أنه لما كان امتزاج الخمر بالماء يحيله كما يحصل للخمر من التخلل، وعلىٰ الرغم من ذلك فإن الماء يحكم ببطلانه لكون الخمر أصابه مع عدم الالتفات لغلبة الماء، ومراعاة أن وصف النجاسة منوط بالإسكار في الخمر، وقد زال بالاختلاط، فكذلك يجب أن يقال في اللبن إذا خلط بالماء وغلبه الماء، فيحكم بثبوت حقيقة اللبن فيه وتأثيره كما حكم في ثبوت الخمر في الماء وتأثيره، وبناءً عليه فإن اللبن المخلوط بالماء ينشر الحرمة ولو كان مغلوبًا ؛ هذه طريقة المصنف.

وبطلانه من وجهين:

الأول: أن صفة الإسكار في الخمر لم تزل بغلبة الماء علىٰ الخمر ؛ بخلاف زوالها بتخلل الخمر، ففي الثانية عين الخمر ذاتها زال منها صفة الإسكار، أما في الأولىٰ فإن عين الخمر ما زالت مسكرة، وإنما غلبها الماء، ولو فرض جمع هذه القطرات والجزئيات المنتشرة في الماء لكانت لها نصف الصفة وهي الإسكار، فتبين بذلك فساد القياس، وبطل كون صفة الإسكار ذهبت من الخمر لغلبة الماء عليه.

الوجه الثاني: أن الحكم بنجاسة الماء القليل بمخالطة النجاسة توقيفي، وبمعنىٰ آخر أن معقولية معناه غير مسلمة، فالماء القليل لو خالطة نقطة واحدة من النجاسة ولم تؤثر علىٰ أي من أوصافه كاللون أو الطعم، فإنه يحكم بنجاسة الماء مع ذلك، فتحقق النجاسة في الماء غير معتبرة، وإنما المعتبر بمجرد المخالطة ووصول أجزاء النجاسة إليه؛ بخلاف الرضاع فإن المقصود وصول اللبن المشبع إلىٰ الرضيع لا مجرد وصوله إلىٰ جوفه، والأدلة علىٰ ذلك ظاهرة لا جدال فيها، كقوله ﷺ: «**إنما الرضاعة من المجاعة**»، وقوله في صفة الرضاع المحرِّم: «**ما أنشز العظم**»، ولذلك فإن الرضاع بعد تمام الحولين غير معتبر ؛ لأنه ليس علىٰ الصفة التي أناط الشارع بها حكمَ التحريم، والله أعلم.

والذَّوق والتأثير في المعدة بصورة الماءِ، وليس ماءً حقيقةً، فكفىٰ هذا في درْءِ الحدِّ، ولا يكفي لتحريم الرضاع؛ كما لم يكْفِ لتحريم الشُّرْبِ وتحريمِ الاستصحاب في الصلاة وتحريمِ التوضُّؤ به، والتحريمُ الذي مبناه علىٰ الغلبة والاحتياط إلىٰ التحريم الذي مَبناه علىٰ الاحتياط أقربُ منه إلىٰ الحد الذي يسقُطُ بالشبهة، ولو دل إعدامُه في حق الحد علىٰ إعدامه في حق حُرمة الرضاع لَكان دلالتُه علىٰ إعدامه في حق تحريم شُرْبه أولىٰ؛ لأن تحريم الشرب أيضًا نتيجةُ كونِه مسكرًا، وكذا نجاسته وتحريم التوضُّئ به.

❊ **فإن قيل**: فإن كان الماءُ قُلَّتين فقد انعدَم عندكم في حق الكلِّ.

❁ **قلنا**: فلذلك قال بعض الأصحاب: لا تتعلق به الحرمةُ؛ لأن الشرع أعدمه، ومنهم من استصحب الخلافَ وقال: ذلك إعدامٌ في حق الصلاة والشرب لمسيس الحاجة، فإنَّ الماء إذا كثر لم يُمْكِنْ تغطيتُه في الحياض والأنهار والآبار بالأغطية، والنجاساتُ كثيرة في العالم، فعفىٰ الشرع عن ذلك للحاجة، ثم لا يمكن الفرقُ بين نجاسةٍ ونجاسةٍ، فلا يظهر تأثيرُ ذلك في حقِّ الرَّضاعِ، والله أعلم.



❁ **مَسْألة: لا تتعلق الحرمةُ باللبن المحلوب مِن المرأة الميتة**[1]، وقال أبو حنيفة: تتعلَّقُ به الحرمةُ[2]، **والصحيحُ** أنه لو احتُلب في حياتها فشربه

(١) ينظر: الأم، ٥/٣٣، والحاوي الكبير، ١١/٣٧٦، والتنبيه، للشيرازي، ص٢٠٤، والوسيط، ٦/١٨٠، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٩/٣، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ٢/٤٧٧.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، ٤/٨، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢/١٨٥، والبحر الرائق=

الصبيُّ بعد وفاتها حصَلَتِ الحُرمةُ، والمعتمدُ في المسألة: أن ما يحرُمُ تناولَه تحريمَ تناول الميتات لا تتعلَّقُ به حُرْمةُ الرضاع، وهذا اللبنُ حرُم تناوله في عينه بتحريمِ تناول الميتات، فلا تتعلق به حرمة الرضاع، فهاتان مقدمتان إن سُلِّمَتا كانت النتيجةُ ضروريةً، وإن مُنِعَتا أَقَمْنا البرهان عليهما.

❊ فإن قيل: وبِمَ تُنكرون على من يسلِّمُ المقدمة الثانيةَ؛ يقولُ: نعم هذا اللبنُ حرُمَ تناولُه تحريمَ تناولِ الميتاتِ، ولكن لا نسلِّمُ أن ما يحرُمُ تناولُه في عينه مع كونه لبنَ آدميةٍ لا تتعلَّقُ به حرمة الرضاعِ، فما الدليل عليه؟

❁ قلنا: إذا سُلِّم تحريم تناوله لكونه ميتةً فنقولُ: جيفةٌ محرمةٌ في عينها، فلا يتعلَّقُ بها تحريمُ النكاحِ كسائر أجزاء الميت، وعند هذا يُسْتَمَدُّ الكلام من مسألة تحريم المصاهرة؛ فإن رسول الله ﷺ قال: «يَحْرُمُ مِنَ/ [٣١٢/أ] الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»، ثم امتَنَّ علينا بالنسب والصهر في معرض الكرامة، فلم يتعلَّقْ بالحرام المحْضِ في عينه، فكذا هذا، وإن اتَّجه لكم كلامٌ في المصاهَرةِ، فلا يتَّجِهُ ها هنا؛ لأن الرضاع أُلْحق بالنسب، والحرامُ المحْضُ لا ينتهِضُ سَبَبًا للنسب بالإجماع، فكذلك ما أُلحق به.

وفيه الاحترازُ عن لَبَنٍ نَجِسَ بوقوع النجاسة فيه؛ فإنَّ اللبن غيرُ محرَّم، وإنما المحرَّمُ النجاسةُ، فلم يَجْرِ تحريمٌ في عينه؛ بل كان كتحريم وطء الحائض لا لعينه؛ بل لمخامرته النجاسةَ، والكلامُ في غاية الوضوح في

= شرح كنز الدقائق، ٢٤٥/٣، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ٣٧٨/١، والدر المختار، ٢١٨/٣، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: المدونة، ٢٩٩/٢، ومواهب الجليل، ١٧٨/٤، وشرح مختصر خليل، للخرشي، ١٧٦/٤، والمغني، ١٧٥/٨، والفروع، ٢٨١/٩، والإنصاف لمعرفة الراجح من الخلاف، ٣٣٦/٩.

هذه الرُّتْبةِ يحقِّقُه أنه لو جاز أن يُعَدَّىٰ الحكم الذي عُلِّقَ باللبَنِ الطيب الحلالِ الموصوفِ في كتاب الله بكونِه لبنًا سائغًا إلىٰ الجِيفَةِ المحرَّمةِ في عينه، تَعَدَّىٰ إلىٰ سائر أجزاء الميت؛ فإنَّ العلة علىٰ ما ذكروه أنه يُنْبِتُ اللحمُ ويُنْشِزُ العَظْمَ، ولحمُ الآدمي في الإنبات أقوىٰ من اللبن. وإنْ قُدِّرَ انتساجُ بعضيةٍ من اللبن، فهو في اللحم أعظَمُ، وكما وجَب بالاتفاقِ قياسُ مُسْكِرِ التمر والذُّرة والشعير علىٰ مُسْكِرِ العنب، يجب أن يقاسَ اللحم علىٰ اللبن بطريق الأَوْلىٰ، فلا مانِعَ من القياس؛ إلَّا أن اللبن حلالٌ طيبٌ سائغ، واللحمُ جيفةٌ ميتةٌ، وهذا اللبن أيضًا جيفةٌ ميتةٌ.

❊ **فإن قيل**: الفارقُ بينهما الاسمُ، وهو أن هذا يسمَّىٰ لبنًا، وسائر الأجزاء لا يُسَمَّىٰ لبنًا.

◈ **قلنا**: وأيُّ معنًىٰ في الجمود علىٰ الاسم مع معرفة المعنىٰ؟! فإن جاز هذا فقال تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾(١)، وهذه الميتة لا تسمَّىٰ مرضعةً، والغرض من هذا معارضةُ الفاسد بالفاسد، وإلا فاتباع الأسامي جمودٌ لا حاصلَ له.

❊ **فإن قيل**: السببُ في القذف أن حاجة التغذية ماسَّةٌ إلىٰ اللبن لا إلىٰ اللحم.

◈ **قلنا**: فإن كنتم تتبعون هذا فالحاجة ماسَّةٌ إلىٰ اللبن الحلال الطيِّبِ لا إلىٰ الجيفة المحرَّمةِ، ولمَّا فُرِّقَ مع بقاء اسم اللبن بين ما بعد الحولين وبين ما قبله؛ لأن الحاجة علىٰ الجملةِ فَرَّقَتْ، فبأنْ يُفَرَّقَ بين الحلال

(١) سورة النساء، جزء من الآية (٢٣).

والحرام والحي والميت، ويُقالَ: الحاجةُ إلىٰ الحلال الطيب غالبًا لا إلىٰ الجيفة المحرَّمة ـ أَوْلىٰ، ولمثل هذا قُطِعَ لبنُ الفحل عن لبن المرأة؛ وإن كان لبنَ آدميٍّ، ولكنه محرَّم في عينه من حيث إنه جزء من حيوانٍ لا يؤكَلُ، والإباحة في الآدمي بسبب الحاجة، ولا تعُمُّ الحاجةَ إلىٰ الفحل، فكذا إلىٰ الميت، ففَصْلُ الموتِ والحياة والحِلِّ والحُرمةِ أعظَمُ مِن فصْلِ الحَولين وما بعدَه، وفَصْلِ الذكورة والأنوثة وفَصْلِ اللَّبَنيَّةِ واللحمية في سائر الأجزاء.

❊ **فإن قيل:** هذا بعينه اللبنُ الحاصل من الآدمية لو حُفِظَ في قَدَحٍ لتعلَّق به الحرمةُ؛ فكذا في ثَدْيها.

۞ **قلنا:** وما يُشْرَبُ بعد الحولين هو بعينه ما يُشْرَبُ قبله، ولكِنَّ الحاجة فاصلةٌ، وها هنا الموتُ في تحريم عينِه فاصلٌ؛ لأنه صار جيفةً، ووطء الزاني قبل النكاح وبعد الطلاق هو عينُ وطْئِه قبل الطلاق، ولكن هو حرام في عينه، وذاك حلالٌ طِلْقٌ، فلمْ يُساوِ الحرامُ الحلالَ في النسب، فكذلك فيما ألحق بالنسب، وهذه المقدمةُ إذا قُرِّرَ[1] علىٰ هذا الوجه فهو في غاية الوضوح.

❊ **فإن قيل:** سلَّمْنا لكم هذه المقدمةَ، ولكن لا نُسَلِّمُ أن لبن الميْتة ميتةٌ محرَّمةٌ في عينِها، بل يحرمُ تحريمَ اللبنِ الذي مازجه رطوباتٌ نَجِسةٌ، ولذلك نقولُ: الشاةُ إذا ماتت وفي ضَرْعِها لبنٌ/ لا ينجُسُ عينُ اللبن؛ لأن [٣١٢/ب] الموت لا يُحِلُّه، فما الدليل علىٰ تحريم أكله في عينه؟

(١) كذا في الأصل، والجادة: «قُرِّرَتْ»، وقد تقدم التعليق علىٰ مثله، وأنه مذهب ابن كيسان؛ حيث يجوز مثل: هند خرج، والشمس طلع.

۞ قلنا: الدليلُ عليه قولُه ﷺ: «إِنَّمَا حَرُمَ مِنَ المَيْتَةِ أَكْلُهَا»[1]، وقولُه تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾[2]، وهذه ميتةٌ.

❊ فإن قيل: الميتةُ عبارةٌ عما كان فيه حياةٌ فحَلَّ فيه الموتُ بدَلَ الحياة، ولم يكُنْ في اللبن حياةٌ، فكيف يوصَفُ بكونِه ميتةً[3]؟

(١) أخرجه مسلم (١٠٠/٣٦٣) باب طهارة جلود الميتة بالدباغ، وفي (١٣٢١/٣٦٣) باب استحباب بعث الهدي إلىٰ الحرم لمن لا يريد الذهاب بنفسه، واستحباب تقليده وفتل القلائد، وأن باعثه لا يصير محرمًا ولا يحرم عليه شيء بذلك.

(٢) سورة المائدة، جزء من الآية (٣).

(٣) كذا فرض المصنف ﷺ في هذه المسألة مقدمتين، واعتبر التسليم بهما مُفْضيًا إلىٰ القول بعدم انتشار الحرمة بلبن المرأة الميتة، ثم تنزل للخصم المفترض وناقشه في إثبات تحريم اللبن المحلوب من الميتة.
والجواب عما ذكره المصنف من وجوه:
الأول: أن الحنفية لا يسلمون بنجاسة اللبن بعد الموت، كما أشار المصنف واستدل عليه، قال الكاساني: «فاللبن لا ينجس بالموت بل هو طاهر بعد الموت، وإن تنجس الوعاء الأصلي له، ونجاسة الظرف إنما توجب نجاسة المظروف إذا لم يكن الظرف معدنًا للمظروف وموضعًا له في الأصل، فأما إذا كان في الأصل موضعه ومظانه فنجاسته لا توجب نجاسة المظروف.
ألا ترىٰ أن الدم الذي يجري بين اللحم والجلد في المذكاة لا ينجس اللحم لما كان في معدنه ومظانه فكذلك اللبن، والدليل عليه أنه لو حلب لبنها في حال حياتها في وعاء نجس فأوجر به الصبي يحرم، ولا فرق بين الوعاءين؛ إذ النجس في الحالين ما يجاور اللبن لا عينه، ثم نجاسة الوعاء الذي ليس بمعدن اللبن لما لم يمنع وقوع التحريم فما هو معدن له أولىٰ، ويستوي في تحريم الرضاع الارتضاع من الثدي والإسعاط والإيجار؛ لأن المؤثر في التحريم مما هو معدن له أولىٰ ويستوي في تحريم الرضاع الارتضاع من الثدي والإسعاط والإيجار؛ لأن المؤثر في التحريم هو حصول الغذاء باللبن وإنبات اللحم وإنشاز العظم وسد المجاعة؛ لأن يتحقق الجزئية وذلك يحصل بالإسعاط والإيجار؛ لأن السعوط يصل=

۞ **قلنا:** لا ؛ بل الميتةُ عبارة عن الشخص بأجزائه ؛ كما أن الخنزير عبارةٌ عن الشخص بأجزائه ؛ حتىٰ حرُم لبنُ الخنزير تحريمَ سائر أجزائه ، وهذا الآن يُستمَدُّ من مسألة الشعور والعظام ، وأنَّها تنجُسُ بالموت ، ولكنا لا نبني عليه فنحن أبْدَينا ما هو أظهَرُ منه ؛ فنقول: إن كان التحريم مقصورًا علىٰ الميتةِ ، والموتُ مقصورٌ علىٰ ما يُحِسُّ ويتألم ؛ لأن الحياة مقصورة عليه ، فقولوا: يحِلُّ عظامُ الميتة والودك المستخرجُ منها ، فلا خلافَ أن النَّقْيَ والمخَّ في العظْمِ لا يتألمُ ، والعظْمُ لا يتألم ، فليُحْكَمْ بأن تحريمَ الميتة لا يدُلُّ علىٰ تحريمه ؛ بل يلزم أن يحِلَّ اللحمُ ؛ لأن المتألِّمَ باتفاق أهل الصنعة هو الأعصابُ الملتَفَّةُ في اللحوم ، فما خلا من اللحوم عن الأعصاب لا يتألمُ ، فلْيُقْتَصَرِ التحريمُ علىٰ العَصَبِ الذي لا يؤكل.

= إلىٰ الدماغ وإلىٰ الحلق فيغذي ويسد الجوع والوجور يصل إلىٰ الجوف فيغذي». ينظر بدائع الصنائع ، ٩/٤.

وهذا الوجه لم ننقله للتدليل علىٰ طهارة اللبن أو نجاسته ، وإنما للقول بأن إلزام الحنفية بنجاسة اللبن أمر لا سبيل إليه ، فلا يصح مع هذا إلزامهم بمقدمة ليست هي مذهبهم ، والواجب في مقام الجدل والمناظرة إيراد مقدمات يسلِّمُ بها الخصم.

الوجه الثاني: أنه علىٰ فرض تسليم الحنفية ومن وافقهم بنجاسة اللبن ، فإن ذلك لا يلزم منه عدم نشر الحرمة به ، لأن تحريم تناول النجس لا يلزم منه عدم نشر الحرمة نتيجة لتناوله ؛ فالمقصود أن الجهة منفكة بين الأمرين ، فمن أرضع الصغير لبنَ ميتة فهو آثم ؛ لأنه أطعمه محرمًا ، وفي نفس الوقت فإن هذا اللبن ينشر الحرمة ، كما أن من وطئ امرأة لا تحل له فإنه يكون قد أتىٰ محرمًا ، ولكن نتيجة لهذا الفعل المحرم يحرم عليه أم هذه المرأة وابنتها ، ولا يقال: إن الميتة لا يتعلق بها التحريم من حيث إنه لو وطئت لما تعلق بهذا الوطء تحريم مصاهرة ، لأن تحريم المصاهرة متعلق بالوطء ، وهو هنا فاسد وقع علىٰ غير محل ، أما تحريم الرضاع فمتعلقه اللبن ، وهو هنا صالح وقع علىٰ محل يصح أن يناط به ، فظهر الفرق بينهما ، وتبين ظهور مذهب الحنفية والجمهور في هذه المسألة ، والله أعلم.

وعلىٰ الجملة اللبن في العِرْقِ كالوَدَكِ في العظام، وتحريمُ الميتة بالإجماع متناوِلٌ لوَدَكِ العظام ونَفْسِ العظام، فمن أراد أن يُمَشْمِشَ عِظامَ الميتة ويستخرجَ بالامتصاصِ وَدَكَها، كان متناولًا للميتة، لا يحِلُّ إلا بما يحِلُّ به الميتةُ بالإجماع، فدل أن الميتة عبارةٌ عن الشخص بأجزائه، كيف وقد جُعِلَ اللبن في الحياةِ جزءً من الحي، ويبنىٰ عليه الرضاع نظرًا إلىٰ حكم الجزئية، فكيف كان جزءً من الحي ولا حياة فيه؟! فهو إلىٰ الميتِ أقْرَبُ، وبه أشْبَهُ، فإنْ جُعِلَ ما لا حياةَ فيه جزءًا ممَّا لا حياةَ فيه؛ فهو أصوبُ مِن جَعْلِ ما لا حياة فيه جزءًا مما فيه حياةٌ.

ولكن قيل: الحيُّ عبارة عن الكلِّ بما فيه من الأجزاء، فكذا الميتُ حتىٰ قال أبو حنيفة: العذرةُ جزءٌ من الآدميِّ، لا يباعُ كاللبن وسائرِ الأجزاء، وإن كان يُباعُ النجاساتُ وتُدْفنُ[1] كما يدفن سائرُ أجزاء الآدميِّ، فمن لا يُبَعِّدُ أن يُجعَلَ العذرةُ ـ وهو ثُفْلُ طعامٍ مستحيلٍ في المعدةِ ـ جزءًا من الحيِّ ـ وليس فيه من أثرِ الحياةِ شيءٌ ـ فلا يُدْرىٰ لمَ يُبعِّدُ أن يجعله جزءًا من الميت مع المشاركة في فَقْدِ الحياة.

❊ فإن قيل: وبِمَ تنكرون أن نجاسةَ الوَدَكِ والعظم لما يمازِجُها من رطوباتٍ نَجِسةٍ لا لعينها وكونِها ميتةً؟

❁ قلنا: هذا مع ما يتهَدَّفُ له من شناعة يُحِسُّ مِن نفسه بفسادها لا ينجيه؛ فإنا نقولُ: والرطوبات لا تتألَّمُ، فلِمَ تنْجُسُ بالموت؟! فَتِيكَ

(١) قوله: «تدفن» رسم في الأصل بالياء والتاء أولًا، والجادة بالتاء، أما بالياء فعلىٰ تقدير مضاف مذكر؛ تقديره: جنس النجاسات، أو علىٰ مذهب ابن كيسان، وقد تقدم.

الرطوباتُ لِتَبْقَ علىٰ الطهارةِ؛ فإنها طاهرةٌ من الحيوان الطاهرِ، والنجاسةُ بالموت، والموت في محل الحياة، والحياة فيما يتألم مِن عصبٍ أو لحْمٍ، أما العظم والشعر والودَكُ واللبن والرطوبات فلا تتألم ولا تنجُسُ، فلا سبب لنجاستها إلا حلولُ الموتِ بها؛ لكونها جزءًا من الميت، ولكَوْنِ الموتِ سببَ التنجيس في الميت، ولكون الميتِ عبارةً عن الشخص بأجزائه، كيف ويلزمُهم أن يجوِّزوا أن يُذابَ سَمَنُ/ الميْتاتِ ويُستخْرَجَ منها الأدهانُ؛ لأنها [١/٣١٣] بجملتِها رطوباتٌ موجودةٌ في السِّمَنِ لا يتألم فلا يموت[1] وليس فيه أجزاءٌ مما كانت تتألمُ؟ فليكُنِ الكلُّ طاهرًا، والمصير إليه خروج عن الإجماع المعلومِ بضرورات العقول والشرْعِ، فدل أن المسألة وإن عُدَّتْ من المشكلات علىٰ الشافعيِّ فهي ظاهرةٌ عند من يحسِنُ اختطافَ[2] الحقائق من أغصانها واجْتِلاب المعاني مِنْ أوطانها، والله أعلم.



(١) قوله: «تتألم» رسم في الأصل بالياء والتاء، فالياء عودًا علىٰ لفظ «سمن»، وبالتاء عودًا علىٰ «رطوبات»، وكذا ر سم قولُه «يموت».

(٢) قوله: «اختطاف» كتب قبالته في الأصل: «اقتطاف»، وأشير إليه بعلامة النسخة، وكلا اللفظين صحيح مناسب هنا.

مَسائلُ النفَقاتِ



❀ **مَسْألة: علىٰ القاضي ألا يجاوِزَ في فَرْضِ نفقة الأزواج الموسِرين مُدَّينِ، ولا يُقَصِّرَ عن مُدٍّ في حقِّ المعْسِرين، ويقتصِرَ علىٰ الوسط بينَهما، وهو مُدٌّ ونِصْفٌ في حقِّ المتوسط، وكذلك مطالبةُ المرأة إن استقلت بالطلب؛ فَعَلىٰ وَفْقِ ذلك**[(١)].

وقال أبو حنيفةَ: المتَّبَعُ في التقدير رأيُ القاضي، والقاضي باجتهاده يُخَمِّنُ قدْرًا يراه كافيًا في حق الزوجة، ويختلِفُ ذلك باختلاف حالها وسِنِّها وصحتِها وسِقامِها وتفاوتِ حالاتها، فيتحَرَّىٰ مَن يجتهِدُ للتقريب مِن حَدِّ الكفاية برأيِه، ثم يطالِبُ الزوجَ به، ويصير ذلك دَينًا في ذِمَّته[(٢)].

والمعتمدُ في المسألة: هو أن القاضيَ وجب عليه التقديرُ ليتقرَّرَ في الذمَّةِ، فإن وافق تقديرُه ما ذكرناه فهو الغرضُ، وإن خالف فنقولُ له: الحاجةُ

---

(١) ينظر: الأم، ٩٥/٥، والحاوي الكبير، ٤٢٣/١١، والمهذب، للشيرازي، ١٥٠/٣، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ٢٠٤/١١، وكفاية الأخيار حل غاية الاختصار، ص٤٤٢

(٢) ينظر: المبسوط، ١٨٢/٥، وبدائع الصنائع، ٢٣/٤، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٨٥/٢، والاختيار لتعليل المختار، ٤/٤، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٥١/٣.
ويرىٰ المالكية والحنابلة اعتبار حال الزوج والزوجة معًا دون تقدير بحد معين. ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ٦٢٧/٢، والذخيرة، للقرافي، ٤٦٦/٤، وشرح مختصر خليل، للخرشي، ١٨٤/٤، والمغني، ١٩٦/٨، وشرح منتهىٰ الإرادات، ٢٢٦/٣.

ومقاديرُها لا تنضبِطُ، ويختلِفُ[1] بالوقت والحال والشخص، وما من امرأة إلا وتكتفي بمدٍّ، ولو أعطيت ثلاثةَ أمداد لم تكن أيضًا زائدةً علىٰ الكفاية مُفْضِيةً إلىٰ حد التُّخْمةِ المستغنىٰ عنها، فَبِمَ يعرف القاضي ما يكفيها في كلِّ يومٍ؛ وكلُّ شخصٍ من نفسه علىٰ حقيقة التقدير لا يعرِفُ ما يكفيه كلَّ يومٍ إلا بتقريب يتفاوت بتفاوت الأيام؟ فإن سلك في ذلك مسلكَ المساهلة كان إجحافًا بالزوج، وإذا مضت مدةٌ كثيرة اجتمع منه قدرٌ كثيرٌ في الذمة، لا يسامَحُ به في العادة، وإن سلك مسلكَ التضييق أفْضي تواليه علىٰ المرأة إلىٰ ضعفٍ في قُوَاها قد لا تحتمل ذلك في مدَّةٍ، وإن احتُمِلَ في آحاد الأيام والمعدة مختلفة من كلِّ شخصٍ، ودواعي الغذاء متفاوتٌ بتفاوُتِ المزاج،

---

(١) كذا في الأصل، والجادة: «وتختلف» بالتاء، والمثبت يتخرج علىٰ ما ذهب إليه ابن كَيْسَان من أنَّ الفعل إذا كان مسندًا إلىٰ ضمير المؤنث لا يجب إلحاقه علامة التأنيث، فيجوز أن يقال: هندٌ ذَهَبَ، والشمسُ طَلَعَ، ووافقه الجوهري إذا كان الضمير يعود إلىٰ مؤنَّثٍ غيرِ حقيقيٍّ، واحتج ابن كيسان بقول عامر بن جُوَيْن الطائي [من المتقارب]:

فــلا مُزْنَــةٌ وَدَقَــتْ وَدْقَهَــا ... ولا أَرْضَ أَبْقَــلَ إِبْقَالَهَــا

وقال: «وليس بضرورة؛ لتمكُّنِه من أن يقول: «أَبْقَلَتِ ابْقَالَهَا» بالنقل، أي: بنقل كسرة «إِبْقَالَهَا» إلىٰ التاء الساكنة، وقال السيوطي: «وقال ابن كَيْسَان: يقاس عليه؛ لأنَّ سيبويه حكىٰ: قال فلانةُ». أي: لا فرق بين الإسناد إلىٰ المضمر والمظهر.

ومن شواهد هذا أيضًا قول الشَّنْفَرىٰ في قصيدته [من الطويل]:

فَلَــمْ يَــكُ إلا نَبْــأَةٌ ثُــمَّ هَوَّمَــتْ ... فقلنـا: قَطَـاةٌ رِيـعَ أَمْ رِيـعَ أَجْـدَلُ؟

وقولُ الأعشىٰ [من المتقارب]:

فإمَّــا تَرَيْنِــي ولِــي لِمَّــةٌ ... فــإنَّ الحــوادثَ أَوْدَىٰ بِهَــا

والجادة: قَطَاةٌ رِيعَتْ، فإنَّ الحوادثَ أَوْدَىٰ بها.

انظر: كتاب سيبويه، ٢/٤٥ ـ ٤٦، والخصائص، ٢/٤١١ ـ ٤١٢، ومغني اللبيب، ص٦٢٠، وأوضح المسالك، ٢/٩٧ ـ ١٠٠.

فالمُطَّلِعُ عليها رَبُّ الأرباب، فما رآه الربُّ تعالىٰ كفايةً في حقِّ كل شخص فهو أعْرَفُ به من القاضي لا محالةَ، ومَظانُّ الجهالات يُحْتَرزُ عنها بالضوابط إذا وُجِدَتْ، وقد كفىٰ الله سبحانه القاضيَ وَرْطةَ الاجتهادِ والتورُّطَ فيما لا يُدْرِكُ حقيقتَه، فجعَل أقصىٰ ما قَدَّرَه طعامَ مِسْكينٍ مُدَّينِ في فِدية الأذىٰ، وأدْناه مُدٌّ في كفَّارة الإفطار، ويجب علىٰ القاضي أن يُفَرِّقَ في قدر الفَرْضِ بينَ الموسِرِ والمعْسِرِ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾[1]، فإن لم يفرِّقْ كان مخالفًا، وإن فرَّقَ لم يَعْرَفْ للفرق مَدْرَكًا؛ إذ حاجتها لا تختلف بيساره وإعساره، فليُنْصِفِ الناظرُ: الأَولىٰ بالقاضي أن يختَبِطَ فيما لا يعرف خَبْطَ عَشْواءَ، فيقدِّرَ تحديدَ ما لا يُعْرَفُ[2] بالتحديد؛ بل يُعرفُ بالتقريب، أم يرجعَ إلىٰ تقدير الله تعالىٰ في الأقصىٰ والأدنىٰ والوسط؟ فبالضرورة يعلم أن هذا أنفىٰ للخطر، وأن الله تعالىٰ بكفاية عباده أعلمُ من القاضي، فليُرجعْ إليه/. [٣١٣/ب]

وعلىٰ الجملة هذا قضاءٌ من الشافعي باجتهاده لسائر الأزواج والزوجات، وحُكْمٌ علىٰ القضاة وإرشادٌ منه لهم؛ فليَتَّبِعوه أو ليظهروا رأيًا أَوْلىٰ منه.

❊ **فإن قيل**: ليس هذا دليلًا علىٰ تقَدُّرِ نفقة الأزواج شرعًا، وإنما هو نوعُ اجتهادٍ ودُعاءٌ إلىٰ الأَوْلىٰ.

❁ **قلنا**: فمَن ظَنَّ بالشافعيِّ قولِه أنَّ نفقة الأزواج مُقَدَّرةٌ شرعًا؛ مع أن التقديرَ بالتوقيف، فلم يفهَمْ مذهبَه، ولكِنَّ الشافعيَّ يقولُ: لا تقدير في عين

(١) سورة الطلاق، جزء من الآية (٧).

(٢) قوله: «يعرف» ضبط في الأصل بالبناء للفاعل والمفعول، وكلا الضبطين متَّجِهٌ هنا.

النفقة، ولا بُدَّ من التقدير؛ فهو ضرورةُ الإثبات في الذمَّةِ، لا بُدَّ للقاضي من مسلكٍ في التقدير، فليتْرُكِ القاضي خطَرَ التخمين والتحرِّيَ في معرفة كفايةِ العباد؛ فإن الله تعالىٰ قد كفاه، فليتَّخِذِ الأقصىٰ والأدنىٰ والوسط إِسْوَتَه؛ ليستفيد به الخَلاصَ عن الخطر في تقدير ما لا يُعرَفُ، ويستفيدَ به الفرق بين الموسر والمعْسِرِ؛ كما قال الله تعالىٰ[1].

---

(١) وهذا الذي ذهب إليه الإمام الشافعي ﷺ وقَعَّد له الغزالي هو غاية النظر ومنتهىٰ الفقه، فسلطان القاضي في الشريعة الإسلامية له قيود لا يمكن له أن يخرج عنها، فهو متقيد بنصوص الكتاب والسنة والإجماع، ومراعاة مقاصد الشريعة، والمصلحة العامة، وعادات الناس وأعرافهم، وجلب النفع ودفع الضرر عن الجماعة، وجملة هذه القيود لا يمكن أن تتوفر في كل قاضٍ؛ لأن من القضاة غير المجتهد، فالقاضي يجوز أن يكون مقلدًا عن الفقهاء، وهذا النوع من القضاة لا يستقيم إعطاؤهم مساحة كبيرة في التقديرات المختلفة سواءٌ كان في تقدير النفقات أو تقدير العقوبات التعزيرية وما إلىٰ ذلك، ولذلك فإن الحنفية أنفسهم أجازوا تقييد السلطان للقاضي المقلد بالحكم بمذهب معين لا يخرج عنه، ويعتبر حكمه لاغيا حال خروجه، يقول ابن عابدين: «وليس للقاضي المقلد أن يحكم بالضعيف؛ لأنه ليس من أهل الترجيح فلا يعدل عن الصحيح إلا لقصد غير جميل، ولو حكم لا ينفذ؛ لأن قضاءه قضاء بغير الحق؛ لأن الحق هو الصحيح، وما وقع من أن القول الضعيف يتقوىٰ بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كما بين في موضعه، وقال ابن الفرس: وأما المقلد المحض فلا يقضي إلا بما عليه العمل والفتوىٰ، وقال صاحب البحر في بعض رسائله: أما القاضي المقلد فليس له الحكم إلا بالصحيح المفتىٰ به في مذهبه ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضعيف». ينظر: حاشية ابن عابدين، ٥/٤٠٨.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن تقدير النفقة بحد معين يعد عاصمًا للقضاة عن الزلل، وللأزواج عن الظلم والحيف، وللزوجات عن الفاقة والمسألة، ويبقىٰ أن ما ذهب إليه الشافعي هو الفقه من حيث التأصيل، ولنا الآن أن نسلك نفس مذهبه ولو مع اختلاف تقدير تلك النفقة، بما يتناسب وحالنا، وإلزام القضاة بحدها الأدنىٰ الأقصىٰ الذي قدره الفقهاء لتحقيق المصالح الآنفة الذكر. والله أعلم.

❊ **فإن قيل:** هذا التقدير ورَد في الكفارات، والكفارةُ تتقَدَّرُ بقَدْرِ الجريمة، فكيف يُعرف منها قدرُ النفقة؟

❁ **قلنا:** هذا السؤال أيضًا صدر عن قلَّةِ فَهْمٍ، فإنَّ الشرع دلَّ علىٰ أمرين أحدِهما علىٰ قَدْرِ الواجب؛ إذ أُحْضِرَ فَرَقٌ من تمرٍ فيه خمسةَ عشرَ صاعًا، وهو ستون مدًّا، وقال للأعرابي: «**تَصَدَّقْ بِهِ عَلَىٰ سِتِّينَ مِسْكِينًا**»[1]، فَراعىٰ في المساكين وأعدادِهم أقْدارَ الكفايةِ، فالتعلُّقُ به لا بتقدير الجملة، وأوجب في الفِدية لمسكين واحدٍ مُدَّين، فكان ذلك هو الأدنىٰ، وهذا هو الأقصىٰ فيما رآه الشرعُ كفايةً للعباد، فاتِّباعُ هذا أولىٰ من التخبُّطِ في التقدير بزيادة علىٰ هذا، ولا يوثَقُ بتحقُّقِ الحاجة إليه أو بنقصانٍ مِن هذا، ولا يوثق بتحقُّقِ النقصان في الحاجة، وإن رأىٰ القاضي وقوفَ الحاجة علىٰ هذا فهو الغرضُ، وإن زاد أو نَقَص فلا ثِقةَ بظنِّه فيه، وتقديرُ الشرْعِ أَوْلىٰ مِن ظنِّه.

❊ **فإن قيل:** فهذا يبطُلُ بالأُدمِ والكُسوةِ؛ فإنه يُقَدَّرُ بالكفاية، وهو مضطربٌ مظنونٌ.

❁ **قلنا:** نعم؛ لأنه لا تقديرَ فيه شرعًا حتىٰ يكفيَ مؤونةَ خطر الظنِّ، فنَقتحِمُ خطر التحري حيث نَعْجِزُ ونحترِزُ منه حيث نجِدُ مجالًا، فلا طريق فيهما سوىٰ التخمين بالظن، فتعيَّن ذلك، ثم خَطَرُ التخمين فيهما قليلٌ؛ أما

(١) أخرجه البخاري (١٩٣٦) باب: إذا جامع في رمضان، ولم يكن له شيء، فتصدق عليه فليكفر، وفي (٢٦٠٠) باب: إذا وهب هبة فقبضها الآخر ولم يقلْ: قَبِلْتُ، وفي (٢٣٦٨) باب نفقة المعسر علىٰ أهله، وغيرها، ومسلم (١١١١/٨١، ٨٢، ٨٤) باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان علىٰ الصائم، ووجوب الكفارة الكبرىٰ فيه وبيانها، وأنها تجب علىٰ الموسر والمعسر وتثبت في ذمة المعسر حتىٰ يستطيع.

الأدم فنزْرٌ قليل تابعٌ ، والأمرُ فيه هيِّنٌ ، وأما الكُسوة فتقديرها بأمرٍ محسوسة[1] ؛ إذ قُدودُ النسوة حدودُ الكسوة ، ولو قُدِّرَ لقُدِّرَ بذراع يختلف باختلاف البلاد ، فأيُّ ذراع أصدَقُ مِن قَدِّ المرأة؟! وأيُّ مساحةٍ أدَلُّ عليه من طولها؟! وأما المعدةُ فامتلاؤها مما لا يُطَّلَعُ عليه ، فكان التقدير فيه أهَمَّ ، ولذلك قَدَّرَ الله نصيبَ كلِّ مسكين بالمُدِّ والمدين ، ولم يُقَدِّرْ الكُسْوةَ بالأذرُعِ.

❊ **فإن قيل:** فما ذكرتموه منقوضٌ بنفقة القريب ، فهلَّا قدرتم به! وجميع ما ذكرتموه مُنْقَلِبٌ عليكم في القريب.

۞ **قلنا:** كيف ينقلِبُ؟ ولا حاجةَ إلىٰ التقريب في نفقة القريب ؛ فإنه لا يتصوَّرُ ثبوتُه في الذِّمَّةِ بالقَرْضِ ؛ بل ينقضي بمُضِيِّ اليومِ ، وما ذكرناه ضرورةُ التقدير للتقرير في الذمة علىٰ حَسَبِ الديون والأعواض.

❊ **فإن قيل:** فإذا منَعَ نفقةَ اليوم ورُفع إلىٰ القاضي فيكلِّفُه القاضي تسليمَ شيء منه ، ولا يطالبه بتسليمِ مجهولٍ ، فلْيُحْكَمْ بهذا التقدير/ ، أو إن لم يرفَعْ إلىٰ القاضي فالله مطالِبٌ له في كل يومٍ ، ومُوجِبٌ عليه الإنفاقَ ، وهو لا يدري كم يجِبُ عليه ، فليتقدر بهذا التقدير ؛ فإنه مَدفعةٌ للجهالة كما ذكرتموه. [٣١٤/أ]

والجوابُ: أن مَبنىٰ نفقة القرابة علىٰ الصلة والتودُّدِ والمسامحة والمجاملة ، فما يحسُنُ في الأعواض من المضايقات لا يحسُنُ فيه ، ولذلك حسُنَ إسقاط نفقة الزوجة بالنشوز ، ولم يحسُنْ إسقاطُ نفقة القريب بالعقوق ، وكذلك لو عُدِمت الحاجة أو نقضت بالمرض ، حسُنَ حَطُّ الكُلفة عن المنفق

---

(١) كذا في الأصل ، والجادة: «محسوس» ؛ لعوده علىٰ مذكَّر «أمر» ؛ لكنه حمله علىٰ المعنىٰ بجمع المفرد ، فأعاده علىٰ «أمورٍ».

مراعاةً له، ولم يحسُنْ ذلك في الزوجة.

فإذا ثبت ذلك فنقولُ: إن كان ما قَدَّرْناه كفايةً في حق القريب، فهو الغرضُ، وإن ظهر نُقصانُ الكفاية فإيجاب الزيادة تَمَوُّلٌ، وهذه النفقة ليست للتموُّلِ، ونفقة الزوجة للتمولِ، ولذلك وجَب مع استغنائها، وقُرِّرَ في الذمة دَينًا لتحصل ماليته، وإن كان لا ترتفِعُ الحاجةُ بالإثبات في الذمة، وإن ظهر زيادةُ حاجة بقرينة حاله وقولِه فتكذيبُه أو مَنْعُه قَدْرَ الكفاية إيحاشٌ وإيذاءٌ يناقض الصلةَ، فحسُنَتِ المسامحة فيه من الجانبين.

ولذلك ألزمنا مؤونةَ الطحن والخبز ولم نلزِمِ التمليك؛ نظرًا للجانبين، وتجريدًا للنظر إلىٰ ما يليق بالمسامحة التي عليها بُنِيَتْ صِلة الأرحام لا علىٰ المضايقة التي تُبنىٰ عليها معادلاتُ العقود، فكان اتباعُ الحاجة ها هنا أحسَنَ، واتباعُ التقدير لإثبات المال في الذمَّة كالديون ثَمَّ أحسَنَ.

❊ **فإن قيل:** فقد قال تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[1]، وقال لهِنْدٍ: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**»[2]، جَمَعَ بينها وبين ولدها، وعَرَّفَ المقدارَ بقَدْرِ كفايتها، وكان لا يؤخِّرُ البيانَ عن وقت الحاجة، وما أشَدَّ حاجةَ امرأةٍ جاءت سائلةً إلىٰ البيان! فالإعراض عن التقدير دليلٌ علىٰ أنه لا تقديرَ.

❁ **قلنا:** ونحن نعترِفُ بأن الواجب هو الإنفاقُ بالمعروف، وقد قُدِّرَ

(١) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٣٣).

(٢) أخرجه البخاري (٥٣٦٤) باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، وفي (٧١٨٠) باب القضاء علىٰ الغائب.

بالمعروف، ولكن لو قال القاضي: قدَّرْتُ النفقةَ بالمعروف؛ لم تثْبُتْ في الذمَّةِ ما لم يُعَيِّنْ برأيِه قَدْرَه، وما ذكرناه وجهُ تقدير المعروف، فهو أقربُ من رأي القاضي.

وأما قولهم: لمَ لم يُبيِّنْ لهندٍ قَدْرَ الكفاية؛ فهذا سكوتٌ عن التقدير ليس بتعيينٍ للدلالة علىٰ عدم التقدير؛ بل له سببٌ؛ وهو أنه جمع بين الكُسْوةِ والأُدم ونفقةِ الولد، وكل ذلك لا يتقدَّرُ، فلم يُفْرِدْ أمرها بالذكر لمساهلةٍ اقتضتها صورةُ الحال، وهو أمران؛ أحدُهما: وهو أنَّ زوجَ هندٍ أبو سفيان[1] كان من الأغنياء، فنفقتُها مُدَّانِ، وهو أقصىٰ ما تتناوله المرأةُ غالبًا، فإذا قيَّدَ عليها بالمعروف كان مشيرًا إلىٰ الاقتصادِ، والزيادةُ علىٰ هذا القَدْرِ إسرافٌ ظاهرٌ، والنقصانُ منه ممكنٌ قَريبٌ، ولكِنْ لها المسامحةُ بالنقصان والاكتفاءِ بنفقة المعْسِرِيَن أو المتوسِّطينَ بعد أن تَركَ الإسراف.

ولا شك في أن في الزيادة علىٰ المدَّينِ إسْرافًا، فلو كان الزوجُ مُعْسرًا لأوْشَك أن يذكرَ، فإنَّ الزيادة علىٰ المدِّ غيرُ بعيدٍ، أمَّا الزيادةُ علىٰ المدين بعيد[2].

والثاني: أن الظاهر أن أبا سفيان كان راضيًا بأصْلِ الإنفاق، مُضايقًا في المقادير، مُعْرِضًا عن السَّعَةِ والترفُّهِ، فَلاحَ/ لرسول الله ﷺ بقرينة الحال [٣١٤/ب] أنها لا ترضىٰ بذلك القدْرِ طمعًا في الزيادة للغناءِ، فقال: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ**

(١) كذا في الأصل، الجادة: «أبا سفيان»؛ بدلًا من «زوج هند»، وهو منصوب بالألف، لكنَّه كُتِبَ بالواو علىٰ حكاية أصل التكنية ـ الذي وُضِعَ عليه الاسم، وهو الرفع، وذلك فيمن اشتهر بكنيته. وانظر: عقود الزبرجد، ١/١٣١ (٦٥).

(٢) كذا في الأصل؛ والجادة: «فبعيد»، وتقدم التعليق عليه.

وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»، وحَثًّا لها علىٰ القناعة بما سمَحَتْ به نفسُ أبي سفيان من الاقتصاد دون الترفُّهِ.

ولذلك نقولُ: مَن له علىٰ غيرِه حقٌّ فليس له أن يأخُذَ حقَّه من ماله إذا لم يتقدَّمِ الرضا إلا بأنْ يرفعَه إلىٰ القاضي، فتسليطُها علىٰ الأخْذِ كان المقصودُ منه الحثَّ علىٰ الاقتصاد ورعايةَ المعروف وترْكَ الطمع في الترفُّهِ.

وعلىٰ الجملة الشافعي ليس يدَّعي هذا التقدير نقلًا، ولكن يقولُ: النفقةُ مُقَدَّرةٌ بالمعروف، ولكن علىٰ القاضي تقديرُ المعروف برأيه وتخمينُه بالاجتهاد؛ فليكُنْ هذا صَوْبَ اجتهاد القاضي؛ فإنه أبْعَدُ عن الخطر والجهل.



❁ **مَسْأَلَة: القرابةُ لا توجب الإنفاقَ إلا قرابةَ البعضية، وهي حَقُّ الوالدين والمولودين**[1]، وقال أبو حنيفةَ: يتعلق بكلِّ قرابة توجب المحْرَميَّةَ وتحرِّمُ النكاحَ[2].

(١) ينظر: المهذب، للشيرازي، ٣/١٥٨، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ١٥/٥١١، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، ١١/٢٤٥، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص٤٣٧، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٩/٣٩٢، وكشاف القناع، ٥/٤٨١، وعند المالكية المستحقون للنفقة من الأقارب صنفان: أولاد الصلب والأبوان. ولا يتعدىٰ الاستحقاق إلىٰ أولاد الأولاد ولا إلىٰ الجد والجدات بل يقتصر علىٰ أول طبقة من الفصول والأصول. ينظر: التاج والإكليل، ٥/٥٨٤، والفواكه الدواني، ٢/٦٨.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٥/٢٢٣، وبدائع الصنائع، ٤/٣٠، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢/٢٩٣، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/٦٤، والعناية شرح الهداية، ٤/٤١٩، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٤/٢٢٨. والدر المختار، ٣/٦٢٧.

والمعتمدُ أنَّ نَصْبَ الأسباب لاستحقاق الأملاك إلىٰ الشرع، فلا يعرَفُ كونُ القرابة المحرِّمةِ للنكاح سببًا إلا بنصٍّ أو قياسٍ منصوصٍ، ولا نَصَّ ولا منصوصَ إلا قرابةُ البعضيَّة، وليس في معناها هذه القرابة؛ عقلًا من حيث المناسبةُ، وتأثيرًا من حيث الأحكامُ، أما المناسبة فهو أن الأصل أنَّ مال الرجل يُصْرَفُ إلىٰ نفسه، ولا يصرَفُ إلىٰ غيره، والولد بعضٌ منه، وإن انفصل واستقَلَّ فهو دائرٌ بين الغيرِ المستقِلِّ وبين النفْسِ، فَلَئِنْ رأىٰ الشرعُ إلحاق بعضه بنفسِه؛ لأنه من نفسه، فهذا له وجهٌ، فأما إذا انعدمت البعضية فإيجاب النفقة استهلاكُ مالِه في حق غيرِه لا في حقِّ نفسه.

وأما الأبْعاضُ فهي من جملة النفْسِ بوجه معقولٍ، وأما التأثيرُ شرعًا فهو وقوعُ الإجماع علىٰ الفرق في غير النفقة؛ إذ الأخوَّةُ لا توجِبُ النفقةَ مع اختلاف الدِّينِ، ولا بَيْعَ العَقارِ، ولا الاستكسابَ فيه، ولا التكاتُبَ علىٰ المكاتبِ، ولا رَدَّ الشهادة، ولا المنْعَ مِن وَضْعِ الزكاة، وهذه الأحكامُ وما يتعلق بالنفقةِ فهي دَلالاتٌ قاطعةٌ، وما لا يتعلق بها فلها شهاداتٌ خاصَّةٌ؛ إذ لا سببَ لرَدِّ الشهادة ومنْعِ الزكاة إلا التهمةُ، وكفايةُ استحقاق النفقة بوضع الزكاة، فلو ثبتت النفقةُ بهذه القرابة لرُدَّتِ الشهادةُ؛ إذ يصيرُ مالُ الأخ مالًا للأخ عند حاجته، وما للإنسانِ من ماله إلا مقدارُ حاجته، فيكون مُعينًا نفسه بالشهادة لأخيه ودافعًا عن نفسه بوضْعِ الزكاة فيه.

❊ **فإن قيل**: كما دار الولدُ بين نفسه وبين غيره فأُلْحِقَ بالنفس من بعض الوجوه لا مِن كل الوجوه، فكذلك الإخوة والأعمام دائرون بين الأولاد وبين الأجانب، فلْيُلْحَقْ بهم من بعض الوجوه لا من بعضٍ، فألحقنا بهم عند

اتفاق الدِّين لا عند اختلافه، وعند فَضْل اليسار علىٰ العقار والكسب لا عند عدمه، وفي أصل العتق لا في التكاتُبِ.

❁ قلنا: إذا انقطع شَبَهُه عن الأصل فالأصلُ براءة الذمة وعدمُ الاستحقاق، وأما تقسيمُ إلحاقٍ بالضبط باختلاف الدين ووجود العقار وأجناسِه ضبط بمجرَّدِ التشهِّي فهو وَضْعٌ للشرع، فهلَّا/ عُكِسَ هذا الوضع [١/٣١٥] أو قُسِّم علىٰ وجهٍ آخر! أو هلَّا قُسِّمَتِ الشهادةُ باختلاف الدين واتفاقه، وكذلك التكاتب والعتق والنكاحُ، وما الذي يوجِبُ هذه القسمةَ إلا مَحْضُ التشهي والاستحسان بمجرد الرأي من غير أصل؟!

❊ فإن قيل: الأحكام منقسمة فمنها ما يعُمُّ ومنها ما يخُصُّ، فألحَقْنا النفقةَ بأقربِها وهو تحريم النكاح؛ لأنه حُرِّم صلةً وصيانةً عن الإذلال برِقِّ النكاح، فإنه إهلاكٌ حُكمي من بعض الوجوه، والرِّقُّ بملك اليمين إهلاكٌ أقوىٰ منه، فمنع من ذلك أيضًا، ومَنْعُ النفقة إهلاكٌ حِسِّيٌّ؛ فهو فوقَه.

والجوابُ: علىٰ مراتب الأول: هو أنه هَلَّا عُلِّقَ من الأحكام بالولاية؛ لأنه تفقُّدٌ وتربيةٌ، أو بالوراثة؛ لأنه[١] استحقاقُ مالٍ عندَ استغناء المالك عنه بالموت! وهذا أيضًا استحقاقُ مالٍ أو بتحمل العَقْلِ، وهو تكفُّلُ مؤونةٍ كالنفقة؟! فهذه أقربُ إلىٰ النفقة من تحريم عقد النكاح الذي لا يتعلَّقُ بمالٍ.

ولكن قيل: هذه أحكامٌ متباينة عُرِفَتْ أسبابها شرعًا، وهي مختلفةٌ فلا يقاسُ بعضُها علىٰ بعض.

---

(١) كذا في الأصل، والجادة: «لأنها»، وتقدم التعليق عليه مرارًا.

الثاني: هو أنه إن تُلُقِّي مِن النكاح، فليَجِبْ بالرضاعِ كما حَرُم النكاحُ به، فالتخصيص بالقرابة لماذا؟ والنكاحُ مثل النفقة، وقد ساوىٰ الرضاعُ النَّسَبَ فيما هو مِثْلُ النفقةِ وهو النكاحُ، وما أَثْبَت الشيءَ أَثْبَتَ مثلَه إن صحَّتِ المماثلةُ.

الثالث: أنه هلَّا وجبت النفقةُ مع اختلاف الدِّين واتفاقِه؛ كما حرُم النكاحُ مع اختلافِ الدين واتفاقِه؛ إن كان مِثْلًا له! أو هلَّا فُرِّقَ في النكاح كما فُرِّقَ في النفقة.

الرابعُ: هو أن المنع من النكاح مَنْعٌ من إذلالٍ وإضرارٍ، وإيجابُ النفقة إيجابُ نفعٍ، ولا يلزمُ مِن تكليفِ كَفِّ الضررِ جَرُّ النفْعِ؛ إذ لو عُرِضَ أبوه بدِرْهَمٍ لم يلزمْه الشراء؛ لأنه جرُّ نَفْعٍ، وإن اشتراه امتنع الاستدامةُ والاستخدامُ؛ لأنه إضرارٌ من جهته، وضررُ الجوع ينشأ مِن جهته؛ كما أن ضررَ هلاك الرق لم ينشأْ مِن جهته، ثم لم يجِبْ عليه بذْلُ المال لإزالة رِقِّه، فَلِمَ يجِبُ بَذْلُ المال لإزالة الجوع؟!

وعلىٰ الجملة الاعتراض علىٰ جنس هذا الكلام لا تنضبِطُ[1] مسالكُه لكثرته، وهو مع ذلك تحكُّمٌ في نفسه بالتلفيق بين حُكْمَين متبعِّدَينِ[2].

---

(١) قوله: «تنضبط» رسم في الأصل بالياء والتاء، وكلاهما صحيح، والأجود بالتاء.

(٢) الحقيقة أن جواب المصنف ﷺ علىٰ حسنه إلا أنه لم يتعرض فيه لدليل الحنفية الحقيقي في المسألة، ودليلهم هو قوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ مثل ذلك من النفقة، بخلاف الشافعي الذي ذهب إلىٰ أن المراد من الآية نفي المضارة دون النفقة، وهذا ممتنع لأن نفي المضارة لا يختص به الوارث بل يجب ذلك علىٰ غير الوارث، كما يجب علىٰ الوارث، علىٰ أن الكناية في قوله ذلك تكون عن الأبعد، وإذا أريد به الأقرب يقالُ، هذا، فلما قال «ذلك» عرفنا أنه منصرف إلىٰ قوله ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾، والمعنىٰ=

❊ **مَسْأَلَة: الإعسار بالنفقة يُثْبِتُ للمرأة حقَّ طلب الخلاص برفع النكاحِ في القول الصحيح**[1]؛ خلافًا لأبي حنيفة فإنه قال: لا يثبُتُ به إلا القُدْرةُ على مفارقة المنزل والخروجِ للاكتساب[2].

والمعتمد ما ذكره الشافعيُّ؛ إذ قال: توافَقْنا على أن لها حقَّ طلب الخلاص بعُنَّةِ الزوج بعد أن ينقضي أجلُه، ولم يَرِدْ فيه نصٌّ، وإنما الوارد فيه قضاءُ عمر؛ فإن كانت الحُجَّةُ في قول عمر ﷺ فالرواية عنه في النفقة أثْبَتُ؛ فقد نقل الشافعي بطرقٍ أنه كتب إلى أمراءِ الأجناد ليأخذوا مَن غاب عن نسائهم بأن ينفقوا أو يطلِّقوا، فإن طلَّقوا بعثوا نفقة ما حبَسوا من قبلُ،

= فيه: أن القرابة القريبة يفترض وصلها ويحرم قطعها. ثم حمل الآية على النفقة هو قول عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة، وهو يتفق مع أصل عام وهو وجوب صلة الرحم، وقد جعل الله تعالى قطيعة الرحم من الملاعن بقوله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ لَعَنَهُمُ ٱللَّهُ﴾ ومنع النفقة مع يسار المنفق وصدق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى قطيعة الرحم، ودفع هذه الطيعة واجب وأصل، فكان العمل بهذا التفسير أولى. ينظر: تفسير ابن أبي حاتم، ٤٣٢/٢، وتفسير الماتريدي، ١٨٢/٢، والمبسوط، ٢٢٤/٥.

(١) ينظر: الحاوي الكبير، ٤٥٤/١١، والمهذب، للشيرازي، ١٥٤/٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب، ٤٥٩/١٥، والوسيط، ٢٢٢/٦، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٧٢/٩، وكفاية الأخيار حل غاية الاختصار، ص٤٤٤، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ٤٨٨/٢، وهو مذهب المالكية والحنابلة. ينظر: شرح مختصر حليل، للخرشي، ١٩٦/٤، والفواكه الدواني، ٦٨/٢، ومسائل الإمام أحمد، للمروزي، ١٧٠٩/٤، وكشاف القناع، ١٩٢/٥، ومطالب أولي النهى، ٢٦٧/٥.

(٢) المشهور المنصوص في مذهب الحنفية أن إعسار الزوج لا يوجب الفسخ كما ذكر المصنف، ويوجب للمرأة الاستدانة على الزوج. ينظر: بدائع الصنائع، ٢٨/٤، والهداية شرح بداية المبتدي، ٢٨٧/٢، والعناية شرح الهداية، ٣٨٩/٤، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ٤١٥/١، واللباب شرح الكتاب، ٩٦/٣.

قال الشافعي: فكيف عمَلُ الخَصم بقضاء عمر رضي الله عنه في العنِّينِ، وقد زعم أن عليًّا خالفه، ولم يحكُمْ بقضائه في النفقة، ولم نعرِفْ أحدًا يخالفه من الصحابة؛ بل ورد علىٰ وَفْقِه من أبي هريرة أنه قال/: تقول زوجتُك: أنفِقْ أو طَلِّقْ. ٣١٥/ب

وعن سعيد بن المسيِّب: أنه سُئِلَ عمَّن لا يجد نفقة زوجته فقال: يفرَّقُ بينهما، فقيل: سُنَّةٌ؟ فقال سُنةٌ.

وعن رسولِ الله ﷺ: أنه سُئل عمن لم يجِدْ نفقةَ زوجتِه فقال: «**يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا**».

فإن كان المستنَدُ في العنِّينِ قضاءَ عمرَ رضي الله عنه فقد تحقَّقَ، وإن كان الحجَّةُ في مستندِ عمر رضي الله عنه، وأنه لعلَّه فَهِمَ من قوله تعالىٰ ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾(١) أنَّه إذا فات بالعُنَّةِ الإمساكُ بالمعروف، تعيَّن التسريُح بالإحسان؛ فليُحمَلْ قضاؤه في النفقة علىٰ أنه فَهِمَ من قوله ﷺ في المعسِرِ: «**يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا**» تفريقَ النكاح لا تفريقَ المنزل؛ لأنه السابق إلىٰ الفَهْمِ، أو إذا كان الإمساك بالمعروف يفوتُ بفوات المتْعة التي تصبِرُ عنها أبدَ الدهرِ؛ فبأن يفوتَ بفوات النفقة والكسوة التي تفضي إلىٰ الموت مِن العطش والجوع والعُرْي أَوْلىٰ؛ قال تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾(٢) وقال ﷺ لهندٍ: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**»، فكيف لا يفوتُ الإمساكُ بالمعروف بفوات النفقة؟

والحاصل أن الحجَّةَ إمَّا في قضاء عمر رضي الله عنه أو في الآية أو في الضرر،

---

(١) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٢٩).

(٢) سورة البقرة، جزء من الآية (٢٣٣).

والكُلُّ مشترَكٌ، ولعلَّ الضررَ في النفقة من وجهين:

أحدهما: أن الصبرَ عنه غيرُ ممكنٍ ولا معتادٍ، وأما الصبرُ عن الجماع فغالبٌ في النساء والرجالِ طولَ العمرِ.

والآخر: أنَّ الوطءَ مشترَكٌ بين الزوجين استحقاقًا والْتِذاذًا، والنفقةُ خالصةٌ لها حقًّا وحظًّا، فكيف لا يكونُ في منْعِه فواتُ الإمساك بالمعروف؟!

❊ **فإن قيل**: الفرق ظاهرٌ؛ فإن اليأس عن الوطء يحصُلُ بالعُنَّةِ، وأما المال فغادٍ ورائحٌ، والأمل صادقٌ في كل يوم في ظهور مالٍ، فكيف يساوي الوطءَ؟

❁ **قلنا**: إفلاسُ الرجل إذا عُرِفَ، وعجْزُه عن الاكتساب إذا ظَهر بالامتحان فاليأس عن يساره كاليأس عن عَوْدِ المُنَّةِ بعدَ العُنَّة، فكما أن ذلك الرجاءَ البعيدَ لا نُحْضِرُه، فتقدير عثور الزَّمِنِ المدبرِ على كنْزٍ لا يغني من جوعٍ؛ بل يُعَدُّ تقديره من الوساوس، فكيف تبقى المرأة مظلومةً جائعةً حتى تموتَ على رجاءِ ظهور الغِنى للمدابير والمفْلِسين والعاجزين عن الكسب.

❊ **فإن قيل**: الوطء إذا فات من جهة الزوج فلا سبيلَ إلى نيله من وجهٍ آخر، وأما النفقةُ ففي مالها أو مالِ أقاربها أو مال بيت المال ما يكفي؛ فكيف يتساويان؟

❁ **قلنا**: تقديرُ غنى المرأة لا وجهَ له، فالأمور تُبنى على غلبة الأصل، والأصل عَجْزُ النساء عن الكسْبِ، وافتقارُهنَّ إلى قَوَّامٍ بمؤنُهنَّ، ولذلك أقام الشرع حالها مقامَ عين الحاجة، وأثبت لها النفقةَ وإن كانت موسرةً،

وقدَّرَ يسارَها كالعدم، وإذا قدَّرْناها مُعْسِرةً كان حَبْسُها في نكاحه سعيًا في روحِها وإضرارًا ظاهراً بها؛ علىٰ أنها إن أُحيلت علىٰ مالها فستأكلُه النفقةُ، وهو غاية الإجحاف، أو علىٰ بيتِ المال فتصبحُ عالةً تتكفَّفُ وجوهَ الناس، وكذلك نرىٰ الفقراءَ، فمال بيتِ المال لا يتفرَّغُ في كلِّ حينٍ، فالحوالةُ عليه إهلاكٌ؛ بل الغالب عدَمُه وعَدَمُ قريبٍ مُنْفِقٍ، وغالب الخلق من النساء محتاجاتٌ إلىٰ الأزواج في النفقة، ففي تكليفهِنَّ الطلبَ من موضع آخر ضِرارٌ عظيمٌ/ أعظَمُ من تكليفهِنَّ الصبرَ عن الوطءِ قَطْعًا؛ بل لو غَلَبَتْها شهوةٌ [٣١٦/أ] أمْكَنها أن تصومَ فتَكْسِرَ الشهوةَ؛ فإن الصومَ له وِجاءٌ.

ولكن قيل: ليس ذلك تخليصًا إنما هو نَقْلٌ مِن مَضَرَّةٍ إلىٰ مَضَرَّةٍ، فكذلك حوالتها علىٰ غيرِه، وكذلك لو كانت المرأة رتَقاءَ ثبت لها حقُّ الطلب، ولم يكن لأحدٍ أن يقولَ: لا نجاةَ لها فيه، ولكن قيل: الأصلُ الانفكاكُ عن الرتَقِ، فالعوارضُ لا تُرْعىٰ، والأصلُ في النساء عُرْفًا وشرعًا افتقارُهن وحاجتُهن، ومع ذلك ففي التقييد بالنكاح دون النفقة إهلاكٌ هو فوق فواتِ الوطء قطعًا.

❊ **فإن قيل**: ليس في الإفلاس إلا تأخيرُ الحقِّ؛ فإنه بالفرض يستقِرُّ في ذِمَّتِه، فكيف يقابَلُ التأخيرُ بتفويتٍ لا يُتدارَكُ، وهو رفعُ النكاح؛ بل ينبغي أن يقابَلَ بالخروج من المنزل للاكتساب؛ فإنَّ تدارُكَ ذلك ممكنٌ؛ ليكون الحكْمُ علىٰ وَفْقِ السبب، وأما الوطءُ فيفوتُ ولا يجتمع في الذمة.

والجواب: أن الجَمْعَ في الذمة إن مات الزوج مفْلِسًا تفويتٌ، فالجمع في الذمة لا يُغْني من جوعٍ لا في الحال ولا في المآلِ، وإنْ قُدِّرَ طَرَيانُ اليسارِ فتوقُّعُ عودِ المُنَّةِ في العنِّينِ ممكنٌ، وتوقُّع إعادة النكاح غيرُ ممكنٍ، فكيف

قُوبِلَ بالفسخ الذي لا يُتوقَّعُ زوالُه؟

ولكن قيل: إذا تحقَّقَ الضرر في الحال فلا تنفَعُ التوقُّعاتُ، فكذا في النفقة، كيف وعلىٰ الجملة ليس اليأسُ بالعُنَّةِ كاليأس بالجَبِّ، ثم أُلْحِقَ به، وإن اختَلَفا لتحقُّقِ الضرر فكذلك ما نحن فيه.

❊ **فإن قيل:** ليس النفقةُ أصلَ معقودِ النكاح حتىٰ يرفع العَقْدُ بفواته؛ بخلاف الوطء؛ فإنه المعقودُ ولأجله عُلِّقَ به قرارُ العِوَضِ.

۞ **قلنا:** ذلك من جانب الزوج؛ أما المرأة فليست عاقدةً علىٰ النكاح للوطء، ولكن هي المعقودُ عليها المستَرَقَّةُ، ولكن بشرْطِ الإمساك بالمعروف والتسريحِ بالإحسان، فما أُثْبِتَ الرِّقُّ عليها إلا بهذا الشرط، فجاز لها طلبُ الخلاص لفوات المعروف بسببِ فوات الوطء؛ مع أنه متعةٌ وشهوةٌ، والسَّكَنُ والازدواج وتواصلُ البيوت وارتباك العشائر والغِنىٰ بالنفقة والمال والترفُّهُ بالأُلْفِ والنظَرُ باقٍ، ولكن قيل: مع هذا الضرَرُ حاصِلٌ، فالضررُ في فوات النفقة أعظَمُ.

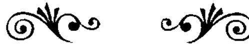
❊ **فإن قيل:** فلو منع الوطء باليمين في صورة الإيلاء ثبت الرفْعُ، فهَلَّا ثَبت بالإيلاء في النفقة!

۞ **قلنا:** في النفقة لا يحتاج إلىٰ الإيلاء؛ بل إذا منع النفقة يستوفي منه النفقةُ، فإن لم يكُنْ رُفِعَ النكاحُ، فأيُّ حاجةٍ إلىٰ الإيلاء؟! وفي الوطء احتيج إلىٰ الإيلاء؛ لأن في طبْعِه داعيًا إلىٰ الوطء لحَظِّ نَفْسِه؛ فإنْ مَنَعَ بالإيلاء لا يمكِنُ استيفاء الوطء، فنُجْبِرُه، فكذلك ها هنا إذا لم يقدر علىٰ

الاستيفاء من غير فرْقٍ؛ بل المبالغة في النفقة أكثَرُ.

❊ **فإن قيل:** فما ذكرتموه منقوضٌ عليكم بالأُدم ونفقة الخادم وزيادة نفقة الموسرين ونفقةِ المدة الماضية والمهْرِ في أصله؛ فإنه لا يثبت الفسخُ بفوات الاستحقاق في كل ذلك.

❁ **قلنا:** لم نأخُذْ من الاستحقاقِ؛ وإنما أخذْناه من الضرَرِ، وهذه توابعُ ـ أعني الأدمَ وزيادة نفقة الموسر ـ وأما ما مضىٰ من النفقة فلا يُراد لدفْعِ الضرر بل للماليَّةِ، وكذلك المهرُ إن سُلِّمَ فلا يتحقق الظلم والإيذاءُ به في الحال، فلا يُعَدُّ ذلك فواتًا/ للإمساك بالمعروف، فلم يكُنْ في معنىٰ [٣١٦/ب] الوطء وأصلِ النفقة، والدليلُ علىٰ الفرق بين الرتْبَتَينِ أنهم رفعوا الحبس بالنفقة ولم يرفعوه بالأُدْمِ ولا بالماضي، فالفرقُ في التفصيل ظاهرٌ بعدَ ثبوت الأصل، والله أعلم[١].



(١) كتب آخر هذه المسائل: «تمَّ الربع بحمد الله ومنِّه وحسن توفيقه، والحمد لله أولًا وآخرًا، والصلاة علىٰ نبيه المرتضىٰ محمد وآله وسلم».

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

مسائل الفرائض

مسائل الوصايا

مسائل الغنيمة

كتاب النكاح

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

